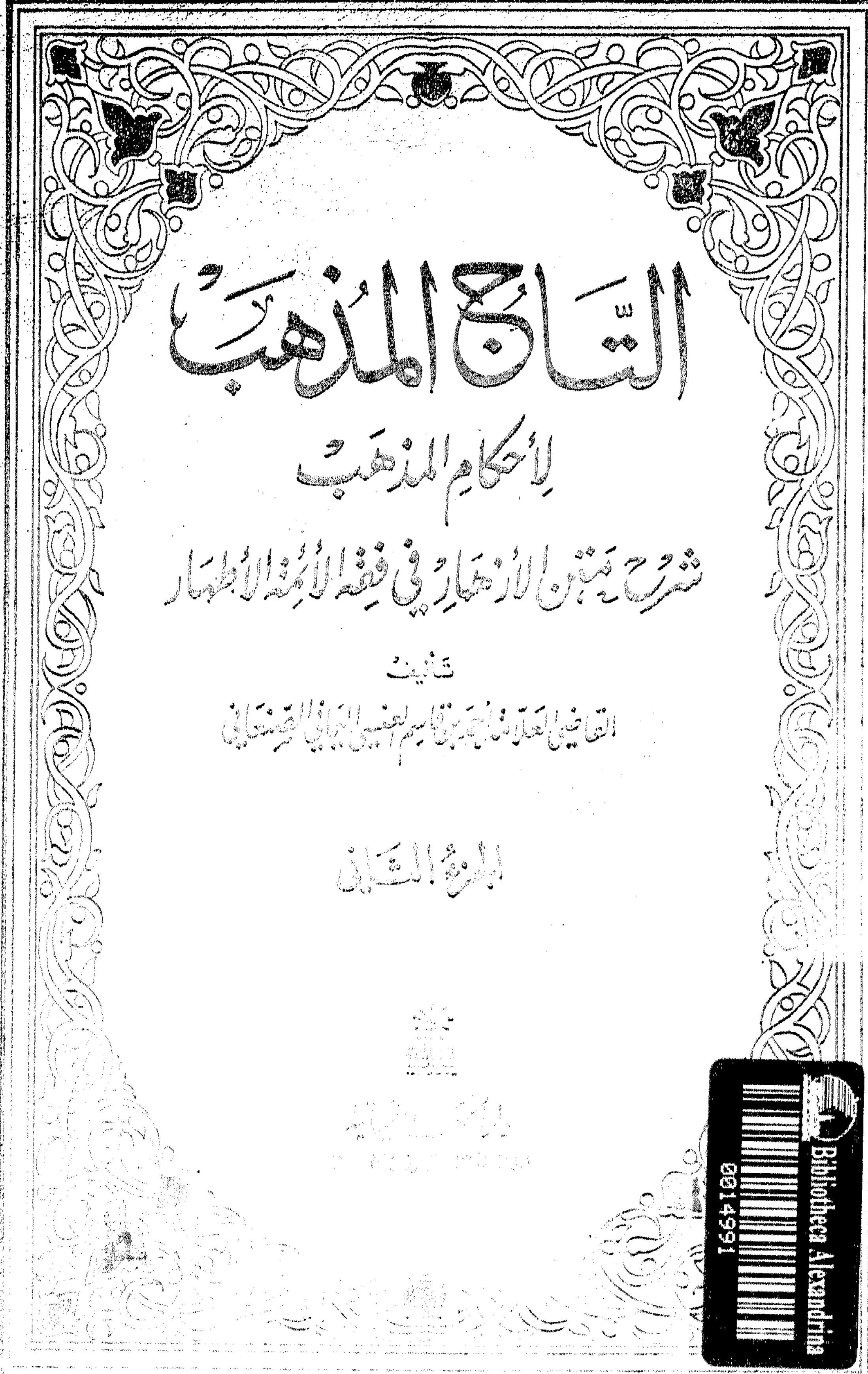


التاج المذهب

لأحكام المذهب

شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار

تأليف

القاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني

الجزء الثاني

التاج المذهب

لأحكام المذهب

شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار

تأليف

القاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني

الجزء الثاني



دار الحكمة اليمانية

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿١٣٩﴾ كتاب النكاح

النكاح فى اللغة ورد بمعنى الضم والوطء : يقال تناكحت الأشجار إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض . ويقال نكح زوجته أى وطئها بمعنى عقد النكاح : يقال نكح فلان من فلان ابنته أى عقد عليها . وفى عرف الشرع هو العقد الواقع على المرأة بملك الوطء دون الرقبة . فقولنا بملك الوطء : احترازاً من المستأجرة للخدمة أو أى عمل . وقولنا دون ملك الرقبة : احترازاً من عقد الشراء فى الأمة فإنه عقد واقع على المرأة بملك الوطء وليس بنكاح لأنه يتناول ملك الرقبة والوطء . واختلف العلماء هل النكاح حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد ، أم العكس ، أو حقيقة فيهما ؟ : فمذهبنا أنه حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء عكس المعنى اللغوى .

﴿ فصل ﴾

﴿ يجب على من يعصى ﴾ ولو بالنظر أو التقبيل أو نحوهما ﴿ لتركه ﴾ أى إذا كان الرجل أو المرأة يعلم أو يغلب فى ظنه أنه إن لم يتزوج ارتكب الزنى أو ما فى حكمه وهو نكاح البهيمة أو ما يقرب منه كنكاح يده ، أو كان عليلًا يخشى أن يباشر عورته من لا يجوز له مباشرته لزمه أن يتزوج وهذا إذا لم يمكنه التسرّى أو كان لا يحصنه . ولا يسقط وجوب النكاح على من عرف من نفسه أنه لا يترك المحظور ولو تزوج لأنه مع الزواج يكون أقل عصياناً ولو لم يكن إلا فى حال مباشرتها فإنه فى تلك الحال يُشغل عن المحظور بخلاف ما إذا كان متعزباً فهو متفرغ للمعصية فى جميع

حالاته . وأما الصغير سواء كان ذكراً أو أنثى فلا يجب على وليه تزويجه ولو عرف أنه إن لم يزوّجه ارتكب الزنى .

﴿ فرع ﴾ فلو كان لا يخشى الوقوع فى المحظور إلا فى المستقبل ولا يتمكن من الزواج إلا فى الحال وجب لأنه من التحرز عن العصيان ولهذا فإن الزهد فى النكاح غير مشروع .

﴿ويحرم على﴾ الرجل ﴿ العاجز عن الوطء ﴾ للنساء أن يتزوج ﴿ من ﴾ يعرف أو يظن من حالها أنها إذا لم يتفق لها جماع من الزوج ﴿ تعصى لتركه ﴾ يعنى ترك الوطء بأن تفعل الزنى أو نحوه لأنه يكون سبباً فى عصيانها فقبح السبب اقبح المسبب وهذا من القياس المرسل الملائم وهو معتبر .

﴿ و ﴾ يحرم النكاح أيضاً على ﴿ عارف التفريط من نفسه ﴾ بعدم القيام بالحقوق الزوجية الواجبة بخلًا أو كسلا ﴿ مع القدرة ﴾ على ذلك لا مع عدمها فلا يحرم عليه . قال فى شرح الأثمار : « وكذا يحرم على المرأة إذا كانت عارفة من نفسها عدم القيام بحقوق الزوج » .

﴿ و ﴾ لكنه فى هاتين الحالتين ﴿ ينعقد ﴾ إذا عقد ﴿ مع ﴾ حصول ﴿ الإثم ﴾ بالدخول فيه . ﴿ ويندب ويكره مابينهما ﴾ أى بين الواجب والمحظور ، فإن كان يشق به ترك النكاح وهو لا يخشى الوقوع فى المحظور ولا صارف له عن النكاح من الأمور الدينية فإنه حينئذ يكون مندوباً ، وأما المكروه فنحو أن يتزوج وهو مظهر التحليل أو يعرف عجزه عن القيام بالحقوق لفقره أو عدم القدرة عن التكسب أو عن الوطء وهى تتضرر بتركه ولا يخشى عليها الوقوع فى المحظور فإنه يكون مكروهاً ﴿ ويباح ما عدا ذلك ﴾ أى ما لم يحصل فيه وجه الوجوب ولا وجه الحظر ولا وجه الندب ولا وجه الكراهة .

﴿ وتحرم الخِطبة ﴾ بكسر الخاء وكذا الإجابة ﴿ على خطبة المسلم بعد التراضى ﴾

وذلك نحو أن يخطب المسلم امرأة ويقع التراضى بينهما فلا يجوز لغيره أن يخطبها ويرغبها فى نفسه بما يرغب بمثله من زيادة فى المهر أو نحو ذلك . وكذا لو رغبت المرأة فى رجل فأجابها وهى له رابعة وإن كانت ممن يحرم الجمع بينهما أو لم يرد الزيادة على واحدة فإنه يحرم على غيرها أن تعرض نفسها عليه لما فى ذلك من الإفساد على الأول وهو وجه النهى فأما قبل المراضاة فيجوز أن يخطب المرأة رجلان أو أكثر لأن الأصل الإباحة ما لم يعلم التراضى والعبرة برضاء البالغة العاقلة إذا كان الزوج كفواً ولو لم يرض وليها وفى غير الكفو برضائها ورضاء وليها والصغيرة رضاء وليها والأمة سيدها .

﴿ فرع ﴾ ومن خطب خمس نسوة دفعة واحدة ورضين لم يجز لغيره خطبة أيهن حتى يستكمل أربعاً أو يأذن .

﴿و﴾ تحرم خطبة المرأة وهى ﴿فى العدة﴾[١] من الزوج الأول ﴿إلا التعريض﴾ بالخطبة فإنه يجوز ﴿ فى المبتوتة ﴾ وهى التى طلاقها بائن أو مفسوخه أو متوفى عنها أو مقيدة عن اللعان فإنه يجوز فى حقها التعريض فى العدة ولا يجوز التصريح . وأما غير المبتوتة وهى التى طلاقها رجعى فلا يجوز تعريض ولا تصريح . والتعريض هو أن يقول لها إذا انقضت عدتك فلرب راغب فيك . والتصريح هو أن يقول : أنا خاطب لك أترضيننى لك بعلا أو نحو ذلك . فإن تزوجها بعد الخطبة المنهى عنها صح النكاح وأثم مع العلم .

﴿ وندب ﴾[٢] فى النكاح إن كان واجباً أو مندوباً ﴿ عقده فى المسجد ﴾ ويجوز

---

(١) لغير زوجها والمستبرأة عن نكاح باطل أو وطء شبهة فلا يجوز خطبتها اهـ .

(٢) وندب استشارة الأم فى تزويج ابنتها وذلك لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « آمروا النساء فى بناتهن » رواه أحمد وأبو داود .. قال فى النهاية وذلك من جهة استطابة نفوسهن إذ هو أدعى للألفة وخوفاً من وقوع الوحشة بين الزوجين إذا لم يكن برضاء الأم إذ البنات إلى =

فى المباح والمكروه ولا يجوز فى المحظور ﴿ و ﴾ ندب ﴿ النثار ﴾ بعد العقد من الزوج أو الزوجة أو الولى للحاضرين من زبيب أو تمر أو نحوهما ويحسن بالدراهم والدنانير ويجوز التهوية بالنثار فى المسجد ﴿ و ﴾ ندب عندنا ﴿ انتهابه ﴾ بشرط أن لا يعرف من صاحبه الكراهة وأن يكون قد وقع على الأرض ، ويتّبع العرف فى أخذه كله أو بعضه أو تلقّيه قبل وصول الأرض ونحو ذلك . والوليمة أيضاً مندوبة ولو بشاة أو طعام بغير لحم والمستحب أن تكون بعد العقد ولا فرق بين أن تكون قبل الدخول أو بعده لكن لا تتعدّى السابع وهو من يوم الدخول وما بعده إلى يوم السابع إذ تكون بعده فى حكم المفعول لا لأجله . والحاصل أن المندوب وليمتان فإن اجتمعا فى سبع كفت لهما وليمة واحدة .

﴿ و ﴾ ندب ﴿ إشاعته بالطبول ﴾ وغيرها مما يظهره عن كتمه إذ المشروع المبالغة فى إظهاره عكس ضدّه . قال فى الكافى ولا خلاف أنه يجوز ضرب الطبل والبوق وهو النفير والصنج وهو نحاس على نحاس يضرب به على غير ألحان المعاصى ﴿ لا التدفيف

= الأمهات أميل وفى سماع قولهن أرغب ولأن الأم ربما علمت من حال ابنتها امراً خافياً لا يصلح معه الجماع من علة أو سبب لا يصلح معه النكاح ، وندب للزوج أن يتحري البكر ذات الدين والجمال والعقل والمال والحسب والنسب وكونها ولوداً ودوداً ذات قرابة غير قريبة أو أجنبية والبعيدة أولى من الأجنبية ، بالغة إلا لحاجة أو مصلحة ، خفيفة المهر ، ذات خلق حسن ، وأن لا يكون لها ولد من غيره إلا لمصلحة ، وأن لا تكون مطلقة يرغب فيها مطلقها ، وأن لا يزيد على واحدة إلا لحاجة ، وخطبة النكاح مستحبة قبل العقد وهى كما فى الحديث : (إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهد الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله) « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيما » والحديث أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى وفى رواية بحذف « إن » قال فى البحر : « ويندب خطبتان الأولى من الولى قبل العقد والثانية من الزوج ساله ويغتفر تخللها بين الإيجاب والقبول » اهـ .

الثلاث﴾ وهو ما يطرب ويدعو إلى اللهو ﴿والغناء﴾ فإنهما لا يجوزان عندنا فى عرس ولا غيره سواء كان بدُفٍّ أوطبل أو مزمار أو نحو ذلك وسماعه كفعله، لا سماعه بغير عناية فلا يجب سد الأذنين ، فأما إذا كان التدفيف على غير ألحان المغنين جاز . ذكره المؤيد بالله وأبو العباس وسنذكر إن شاء الله فى آخر فصل ٤١٧ فى الحدود ما يجوز وما لا يجوز من الغناء واللعب .

﴿ مسئلة ﴾ اعلم أنه يجوز بل يندب للرجل النظر إلى جميع الوجه والكفين من المرأة إذا أراد خطبتها فإن حصل التفصيل بنظرة واحدة لم يجز له التكرير وإلا جاز له حتى يتحقق. وإنما يجوز له النظر إذا لم تقارنه شهوة أى تلذذ فإن قارنته شهوة لم يجز . وإذا عجز الخاطب عن النظر بعث امرأة تنظر إليها وتصفها له ولو وصفت له كل بدنها فإنه جائز ، ووقت النظر أن يكون بعد العزم وقبل الخطبة لئلا يتركها بعد الخطبة فيشق عليها . ولا يتوقف النظر على إذنها ولا إذن وليها اكتفاء بإذن الشارع ولئلا تتزيّن فيفوت غرضه . ويشترط أن يعلم أنها فارغة لا مزوّجة ولا معتدة ولا مخطوبة من غيره وأن يظن أنه يجاب إلى خطبته وأن يكون عازماً على زواجها . ويجوز المرأة أيضاً أن تنظر إلى وجه الخاطب ﴿ ولهنّ مثل الذى عليهن بالمعروف ﴾ وهذا من نظام الإسلام دين الرحمة والعواطف الرقيقة والحكمة والإحسان فى كل شىء .

﴿١٤٠﴾ ﴿ فصل ﴾

فى تفصيل من يحرم نكاحه . ﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ يحرم على المرء ﴾ ذكراً كان أم أنثى ﴿أصوله﴾ وهى الأمهات والجدات من قِبَل الأم والأب وأبويهما ماعلوا ﴿وفصوله﴾ ولو من زنى وهن البنات وبناتهن وبنات بنيهن وبنات البنين وبنات بنيهم وبنات بناتهم ماسفلوا ، وكذلك الأنثى يحرم عليها أولادها وأولاد أولادها وأولاد بناتها وأولاد بنات بناتها ما سفلوا ﴿ ونساؤهم ﴾ أى ونساء اصوله وفصوله ما علوا وما سفلوا

وسواء الزوجات والمملوكات وسواء قد كان وطئ الأصل أو الفصل الزوجة أو عقد عليها فقط ، وأما المملوكة فلا بد أن يكون قد نظر أو لمس لشهوة أو نحو ذلك .

﴿ و ﴾ يحرم عليه ﴿ فصول أقرب أصوله ﴾ لا نساؤهم ، وأقرب أصوله هم الأب والأم فيحرم عليه فصولهما وهم إخوته لأبيه وأمه أو لأحدهما وبناتهم وبنات بنيهم وبناتهن ماسفلوا . وضابطه : كل أنثى انتهت إلى أبويك أو إلى أحدهما بطريق الولادة بواسطة أو بغير واسطة ذكراً كان الواسطة أو أنثى ﴿ وأول فصل من كل أصل قبله ﴾ أى كل أصل قبل أقرب أصوله لا يحرم من أصوله إلا أول بطن دون ما بعده فتحرم العمة والخالة لأنهما أول بطن من الأصل الذى قبل الأب والأم ويحل فصولهما . وقوله من كل أصل يدخل فى ذلك عمة الأب[1] وخالته وعمة الأم وخالتها وكذلك عمة الجد وخالته وعمة الجدة وخالتها ماعلون .

ويحرم على المرء لمصاهرة زوجاتُ أصوله وزوجات فصوله من النسب أو الرضاع ﴿وأصول مَنْ عقد عليها﴾[2] عقد نكاح صحيح أو فاسد ولو لم يدخل بها وصورة ذلك أن ترضع زوجة الطفل أخته أو مَن يحرم عليه نكاحها فيفسخ النكاح ثم ترضع الصبى زوجة رجل آخر وهو فى الحولين فإنها تحرم زوجة الطفل على أبيه الذى أرضعته زوجته. قال فى البحر : « وأما هى فيحرم عليها أصوله وفصوله بمجرد نفس العقد » أى ماحرم من ذلك على الرجل حرم على المرأة لكن لا يعتبر فيها الدخول لأجل تحريم أولاد زوجها عليها ﴿ لا فصولها ﴾ أى لا يحرم عليه فصول مَن عقد عليها بمجرد العقد ﴿ ولا هما من المملوكة ﴾ أى ولا يحرم أصول المملوكة ولا فصولها بمجرد ملكها ولو اشتراها للتسرّى وهو الوطء لأن الملك لا يقتضى التحريم وحده فصار فصول الزوجة وفصول السرية وأصولها لا يحرمن ﴿ إلا بعد وطء أو لمس لشهوة ﴾ يعنى بعد

(١) مالم تكن عمة الأب من الأم فتحل عمتها اهـ .

(٢) وأما هى فيحرم عليها أصوله وفصوله بمجرد نفس العقد. اهـ بحر .

عقد النكاح والملك وكان فى حال الحياة[1] ولو صغيرة صالحة أو مجنونة ﴿ ولو ﴾ لمس الزوجة أو المملوكة ﴿بحائل﴾ غير كثيف بينه وبين جسمها وحصل معه غمزٌ أو اعتمادٌ فإن ذلك يقوم مقام الوطء فى اقتضاء التحريم إذا قارنته الشهوة وهى التلذذ ﴿ أو ﴾ حصول ﴿ نظر ﴾ إلى الزوجة[2] أو الأمة لشهوة فإنه يقتضى التحريم بشرط انفصال شعاع ﴿ مباشر ﴾ لشيء من جسمها أو شعرها متصل فى الحياة . لا لو نظر إليها وثم حائل فلا يقتضى التحريم لأنه لايحصل به استمتاع مع الحائل، وفى حكم النظر اللمس الذى لا غمز معه ولا اعتماد مع الحائل الكثيف فلا يحرم ولو قارنته شهوة . قال فى البيان « وكذلك الخلوة بالزوجة لاتوجب التحريم ﴿ ولو ﴾ نظر إليهـا من ﴿ خلف صقيل ﴾ نحو أن تكون منغمسة فى الماء الصافى فينظر إليها أو نظر إليها من خلف زجاج ليس بغليظ مانع فإن ذلك يقتضى التحريم إذا قارنته الشهوة ﴿ لا ﴾ إذا نظر إليها ﴿ فى مرآة ﴾ نحو أن تكون المرآة فى يده مقابلة لوجهه والمرأة من خلفه فينظر إلى وجهها فى المرآة فإن ذلك لايقتضى التحريم ولو لشهوة . وهذا فى الزوجة والأمة لا الأجنبية فلا يجوز النظر إليها على أى صفة كانت .

﴿ والرضاع فى ذلك كالنسب ﴾ أى يحرم به مايحرم بالنسب : فيحرم على مرضعته وزوجها صاحب اللبن وأصولهما وأزواجهما وفروعهما وأول كل فرع من كل أصل لهما ويحرم عليهما الرضيع وفروعه وأزواجهم وسواء كان الفروع والأصول من النسب أو من الرضاع .

﴿ مسئلة ﴾ النكاح الذى يعقد على الصغار الرضع لأجل النظر إلى أمهاتهن

(١) لا ماحصل بعد الموت من وطء أو نحوه فلا يقتضى التحريم للأصول من الزوجة ولا لأصول المملوكة ولا فصولها اهـ .

(٢) بخلافها هى فانها لو نظرته لشهوة أولمسته أوقبلته لشهوة منها من غير شهوة منه فلا يقتضى ذلك تحريم فصولها عليه اهـ .

من النسب أو الرضاعة ولم يكن العقد مقصوداً للوصلة والمزاوجة والنسبة بل مجرد النظر فقط إلى المرأة المحرمة بسببه صحيح وإن كان القصد مجرد النظر، وقرر هذا الإمام المتوكل على الله إسماعيل وهو صريح مذهب الإمام الهادي عليه السلام .

وقوله « غالباً »[١] قال في شرح ابن مفتاح : يحترز من ست فإنها تحرم لأجل النسب ولا تحرم لأجل الرضاع : « الأولى » أخت الابن من الرضاع فإنها تحل لأبيه ولا تحل له أخت ابنه من النسب لأنها تكون بنته أو ربيبته . « الثانية » عمة الابن من الرضاع فإنها تحل لأبيه والعكس ولا تحل عمة الابن من النسب لأنها أخت . « الثالثة » جدة الابن من الرضاع أم أمه وأم أبيه من النسب فإنها تحل لأبيه من الرضاع ولا تحل جدة الابن من النسب لأنها أمّ الأب أو أم زوجته . « الرابعة » أم الأخ من الرضاع التي ولدته فإنها تحل لأخيه لأمه من الرضاع ولا تحل أم الأخ من النسب لأنها أمّ أو امرأة أب . « الخامسة » عمة الأخ من الرضاع[٢] فإنها تحل لأخيه من الرضاع . « السادسة » خالة الأخ من الرضاع[٣] فإنها تحل لأخيه من الرضاع .

﴿ نعم ﴾ والتحقيق ان الاحتراز بغالباً لا معنى له ولا مقتضى لتحريم هؤلاء المستثنيات لأن الثلاث الأول لم يحرمن على الأب من النسب لكونهن أختَ ابن وعمة ابن وجدة ابن، بل لكون الأولى بنتاً أو ربيبة والثانية لكونها أختاً والثالثة لكونها أماً أو أم زوجة وكذلك الباقيات . وقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم « ويحرم

---

(١) وأحسن ما قيل في حصر من يحرم بالرضاع ومن لا : قوله :

أقارب ذي الرضاعة بانتساب أجانب مرضع الابنيه
ومرضعة قرابتها جميعاً أقاربه ولا تخصيص فيه

قال في الأم ومن حق هذين البيتين أن يكتبا بماء الذهب بل بعين الذهب انتهى .

(٢) ومن النسب إن اختلف الأبوان اه

(٣) ومن النسب إذا اختلف الأمهات اه .

من الرضاعة مايحرم من النسب » المراد من هذا التشبيه تحريم التناكح عل من رضع وجواز النظر والخلوة والمسافرة لاعلى الغير فأخوه وأبوه لا تعلق لهم برضاعة، وأخت الابن أجنبية .

﴿ و ﴾ أما مايحرم لغير النسب والرضاع والمصاهرة بل لأجل صفة فذلك ثلاثة عشر صنفاً من النساء : « الأولى » ﴿ المخالفة ﴾ له ﴿ فى الملة ﴾ فلا تحل الكافرة للمسلم ولا المسلمة للكافر ولا اليهودية للنصرانى ولا العكس ، وكذلك كل امرأة تخالف الرجل فى ملته فإنها تحرم عليه ويحرم عليها سواء كانا كافرين أم مسلماً وكافراً ولو كانت المرأة كتابية من اليهود والنصارى فلايجوز نكاحها . هذا هو المختار للمذهب . وعن الصادق والباقر وأبى حنيفة والشافعى أنه يجوز نكاح الكتابيات ﴿ و ﴾ «الثانية» ﴿ المرتدة ﴾ عن دين الإسلام فإنها محرمة على كل أحد: مسلم وكافر أصلى ومرتد مثلها ، وكذا المرتد لايحل لكل امرأة ﴿ و ﴾ « الثالثة » ﴿ المحصنة ﴾ وهى التى تحت زوج فإنها لا تنكح ولا يطأها سيدها إذا كانت أمة ﴿ و ﴾ « الرابعة » ﴿ اللاعنة ﴾ فإنها تحرم على زوجها بعد اللعان تحريماً مؤبداً كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى فصل (١٨٦) ﴿ و ﴾ « الخامسة » ﴿ المثلثة ﴾ أى مثلثة وهى التى طلقها ثلاثاً كلهن واقعات بأن تخللهن الرجعة فإنها لا تحل لمطلقها ﴿ قبل التحليل الصحيح ﴾ والعبرة بمذهبها هى والزوج الآخر فى كون النكاح صحيحاً أم لا فإن اختلف مذهبهما لم يصح إلا أن يحكم به حاكم عند ترافعهما إليه .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان : وإذا طلقها الثانى وادعت أنه قد وطئها وأنكر قبل قولها حلت للأول ما لم يظن كذبها وكذا إذا ادعت أنها قد تزوجت آخر ودخل بها حلت للأول إن لم يظن كذبها ، فلو أنكرت دخول الثانى بها وادعاه هو وبين به لم تحل للأول .

﴿و﴾ « السادسة » ﴿ المعتدة ﴾ لغير من اعتدت منه عن نكاح صحيح أو فاسد أو وطء شبهة أو وطء ملك كأم الولد لقوله تعالى : «ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » ﴿و﴾ «السابعة» ﴿المُحْرِمَة﴾ فإنه لا يجوز نكاحها حتى تحل الإحرام وسواء كان الإحرام صحيحاً أو فاسداً عن واجب أو نفل لوجوب المضى فيه . ﴿و﴾ «الثامنة» هى ﴿الخامسة﴾ لمن كان تحته أربع زوجات فإنها تحرم عليه . ﴿و﴾ «التاسعة» النساء ﴿الملتبسات بالمحرَّم﴾ إذا كن ﴿منحصرات[1]﴾ أى إذا علم أن رضيعة له دخلت بين نساء منحصرات كنسوة قرية صغيرة والتبست أيتهن رضيعته لم يجز له أن يتزوج واحدة من أولئك النساء الملتبسات بالمحرَّم حتى يعلم أن تلك المنكوحة غير المحرم ولا يكفى فى ذلك الظن . ﴿ و ﴾ «العاشرة» ﴿ الخنثى المشكل ﴾ وهو الذى له ذكر كالرجل وفرج كالمرأة أو ثقب تحت السرة يخرج بوله منهما ولم يسبق أول مرة من أحدهما فإن هذا مشكل أرجل هو أم امرأة فيحرم عليه النكاح فلا ينكح امرأة ولا ينكحه رجل ويلزمه الحجاب من الرجال والنساء إلا المحارم، ولا يجوز له أن يلبس ما هو محرم على الرجال ولا ما هو محرم على النساء، ولا يسافر إلا مع محرمه . فإذا سبق بوله أول مرة من الذكر فهو ذكر فتجرى عليه أحكام الذكور وإن سبق بوله أول مرة من فرج الأنثى فهو أنثى فتجرى عليه أحكام الأنثى .

﴿و﴾ «الحادية عشرة والثانية عشرة» ﴿الأمة﴾ يحرم تزويجها فى موضعين : «أحدهما» حيث تنكح ﴿ على الحرة ﴾ فإنها لا تحل حينئذٍ ﴿ وإن رَضيتْ ﴾ الحرة بذلك لم يكن لرضاها تأثير فى جواز ذلك سواء كان الزوج حراً أم مملوكاً . قال فى الكافى : « فلو تزوج أمة بغير إذن مولاها ثم تزوج حرة ثم أجاز السيد لم يصح نكاح الأمة لأن العقد عليها لم يتم بالاجازة إلا وقد صارت تحته حرة » ﴿ و ﴾ « الوضع الثانى » حيث

---

(١) وقد حدد ذلك : لو اجتمع نسوة فى صعيد لأمكن آحاد الناس ضبطهن بالميسرة دون أهل الذكاء والحدة وفيهن من تحرم عليه حرمن عليه كلهن اهـ .

يكون نكاحها ﴿ لحرّ ﴾ فانها تحرم عليه ﴿إلا ﴾ بشرطين: أحدهما حيث يكون نكاحها ﴿ لعنت ﴾ بكسر النون أى خائف الوقوع فى المحظور ولو نظرا أو تقبيلا . الشرط الثانى : حيث ﴿ لم يتمكن ﴾ ذلك الحر ﴿من﴾ نكاح ﴿ حرة ﴾ مؤمنة محصنة عفيفة كفؤة إما لفقر أو عاهة أو سقوط نسب فعند هذين الشرطين يجوز للحرّ نكاح الأمة . قال أبو حنيفة : ويجوز له أكثر من واحدة على حد ما يجوز من الحرائر وهو المذهب .

﴿ و ﴾ « الثالثة عشرة » ﴿امرأة مفقود﴾ وهو الذى لا يظن فى أى جهة هو ﴿أوغريق﴾ نحو أن يبحر رجل وغرقت سفن هو فى إحداها ولم يعلم هل غرقت سفينته أم لا وهل قد مات أم لا فانه لا يجوز لامرأة هذين الشخصين أن يتزوج ولا لأحد أن يتزوج بها ﴿قبل صحة﴾ أحد أمور أربعة وهى ﴿ ردّته أو طلاقه أو موته ﴾ هذه ثلاثة أمور لا تثبت صحتها إلا بالتواتر وبخبر عَدْلين أو رجل وامرأتين أو علم الحاكم ولا يكفى خبر العدل الواحد ولو أفاد الظنّ فاما إذا لم يحصل لها علم بذلك فلا يجوزلها النكاح حتى يصح لها بينونتها بأحد الأمورالثلاثة « والرابع » قوله ﴿ أو مضى عمره الطبيعى[1] والمدة ﴾ أى لايجوز لها أن تتزوج قبل مضى العمر الطبيعى والمدة ونعنى بالمدّة عدة الوفاة . قال القاسم والمرتضى وأبو طالب: والعمر الطبيعى هو مائة وعشرون سنة من يوم مولده . ونعنى بالطبيعى أن العادة جارية أن الله سبحانه وتعالى لا يعمر أحداً فى ذلك الوقت أكثر من ذلك القدر فى الغالب، فلو التبسَ عليها يوم مولده فإن

---

(١) (فائدة) قد رأينا إتماماً للفائدة أن نرصع التاج بجواهر اختيارات إمام العصر مولانا أمير المؤمنين المتوكل على الله يحيى بن محمد حميد الدين أيده الله فانه لما كان منه الإلزام على ملازمة المذهب الشريف فى جميع المعاملات إلا فى مسائل فإن تضلعه فى العلوم أداه إلى استثنائها لمصالح العموم تبعاً منه لدليل الكتاب والسنة كما هو شأن كل مجتهد وإمام عادل يفكر فى مصالح رعيته ويرعى حقوق أمته . ولهذا اشترط أهل المذهب الشريف من شروط صحة دعوة الإمامة الآتية =

كانت راجية لحصول شهادة تامة على يوم مولده وجب عليها التربص حتى تحصل الشهادة. فإن أيست من ذلك رجعت إلى تقدير سنى من هو مثله فى العمر واحتاطت ويكفى الظن فى رجوعهما إلى مثله فإن أعجزها ذلك بنَتْ على الأقل وهو خمسة عشر سنة من مولده إلى يوم عقده بها سواء كان هو العاقد أو وليُّه.

﴿ ويصح﴾ النكاح ﴿ بعدها ﴾ أى بعد صحة أحَد الأمور الأربعة وهى ردّته أو طلاقه أو موته ، أو مضى عمره الطبيعى والمدة ، فمتى صح أحد هذه الأمور جاز النكاح بعد المدة. ولا بد عند أهل المذهب بعد مضى العمر الطبيعى من اعتبار الظن بموته بعد مضى هذه المدة ، ولا تستنفق من ماله والعبرة بظن الزوجة إن كانت بالغة عاقلة وإلا فولى النكاح أو من يريد نكاحها .

﴿ فإن ﴾ تزوجت امرأة المفقود بعد أن صح لها ردته أو طلاقه أو موته أو مضى عمره الطبيعى والمدة ثم ﴿ عاد ﴾ ذلك المفقود وقد صارت تحت الثانى ﴿ فقد نفذ ﴾

= فى السير فى فصل (٤٥٦) أن تكون الدعوة من «مجتهد» فى العلوم وليس المراد من شرط الاجتهاد ليتمكن من اجراء الشريعة على قوانينها إذ يتمكن من ذلك مع التقليد، بل المراد من شرط الاجتهاد ليكون منصفا غير متعصب لمذهب من المذاهب ولا لنحلة من النحل ولا يكون كذلك إلا المجتهد فمن كان كذلك فهو القائم فى مقام النبوة مترجم عنها حاكم باحكامها يرتضيه المسلمون على اختلاف مذاهبهم مهما هجروا الجمود وجعلوا الانصاف رائدهم إلى كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وآله وسلم. «نعم» وقد علقنا كل اختيار فى محله مستندين فى النقل على ما نقلناه من المحكمة الشرعية الاستئنافية بصنعاء اليمن. ومن (صراط العارفين ، إلى إدراك اختيارات أمير المؤمنين) لناظمها وشارحها القاضى العلامة عبد الله بن عبد الوهاب المجاهد السماحى .

فمن اختياراته أيده الله : فسخ نكاح امرأة الغائب بأربعة شروط (الأول) إذا غاب الزوج غيبة منقطعة ولم يعرف فى أى جهة وجهل حاله ، (الثانى) بعد مضى أربع سنوات ، (الثالث) اعساره واعسارها ولم يكن من أهلها من يلزم عليه الإنفاق لها ولا وجد من يتبرع بالإنفاق عن ذلك الزوج ، (الشرط الرابع) طلبها الفسخ اه .

نكاحها ﴿في﴾ الصورتين ﴿الأوليين﴾ وذلك حيث تزوجت وقد صح لها أنه كان ارتد أو طلق[١] بالشهادة الكاملة لكن يشترط أن تكون تلك الشهادة قد حكم بها الحاكم ولم تجرح بعد الحكم بمجمع عليه، فإن لم يكن قد حكم بها حاكم بقي النكاح الثاني موقوفا على المرافعة والحكم فإن حكم لها ببينتها صح النكاح للثاني . وإن لم يحكم لها بطل نكاحها بالثاني ورجعت للأول لأن شهادتها خبر انكشف عدم العمل به .

﴿لا﴾ إذا عاد في الصورتين ﴿ الآخر يَين ﴾ وهما حيث تزوجت وقد كان صح لها موته . أو مضى عمره الطبيعي ﴿ فيبطل ﴾ النكاح الثاني ولو قد حكم الحاكم بذلك لأنه انكشف بطلان ما حكم به قطعاً . فأما لو لم يكن قد حكم به فأولى وهذا إذا صادقته الزوجة كونه الزوج الأول أو صادقه الزوج الثاني أو يقيم البينة على أنه الزوج ويحكم بها .

﴿ و ﴾ إذا بطل النكاح الثاني واستردها الأول وجب أن ﴿ تستبرئ له ﴾ من ماء الثاني حيث قد وطئها ، فلا يطأها حتى يستبرئها بثلاث حيض إن كانت حائضاً وبثلاثة أشهر إن كانت صغيرة مدخولة أو آيسة فإن انقطع حيضها لعارض معروف أو غير معروف فبأربعة أشهروعشر فلا يطؤها حتى يستبرئها بذلك أو بوضع الحمل إن كانت حاملاً وأمكن إلحاقه بالثاني فإن لم يمكن إلحاقه به بل بالأول فلا تعتد به لأيهما .

﴿ فإن مات ﴾ الزوج الأول ﴿ أو طلق ﴾ أو ألحق أو فسخ النكاح بينهما بعد أن عاد ﴿ اعتدت منه أيضاً ﴾ فتقدم المرأة الاستبراء من الثاني ثم تعتد لطلاق الأول أو موته . ﴿ و ﴾ الزوج الأول يجوز ﴿ له الرجعة فيهما ﴾ أي في العدتين باللفظ والعقد في الرجعي : وهما استبراؤها من الثاني وعدتها من الأول لكن ﴿لا﴾ يجوز له ﴿الوطء﴾

---

(١) وتثبت الخصومة في الطلاق بينها وبين الأول فان أقرت بعد رجوع الأول أنه لم يطلق ولم يرتد ثبتت الخصومة بين الزوجين ولا حكم لإقرارها لأنه يبطل حقه بذلك اه

ومقدماته ﴿في﴾ العدة ﴿الأولى﴾ وهي عدتها من الزوج الثاني لوجوب الاستبراء كما تقدم ﴿ولاحق لها فيها﴾ أي لاحق للمرأة في العدة الأولى على أي الزوجين من نفقة ولا كسوة ولا سكنى . ﴿و﴾ عدتاها من الثاني والأول ﴿لايتداخلان﴾ عندنا وصورة عدم التداخل أن تستبرئ من الثاني بشهرين مثلا ثم يطلقها الأول أو يموت بعد مضى الشهرين فإنها تستكمل عدة الاستبراء ثم تبتدئ الثانية .

﴿ ويحرم الجمع بين من لو كان أحدهما ذكراً حرم على الآخر ﴾ هذا عقد ضابط لمن يحرم الجمع بينهما في النكاح ملكاً ونكاحاً كالأختين وكالعمة وبنت أخيها والخالة وبنت أختها . وقوله «من الطرفين» احترازاً من أن يحرم أحدهما على الآخر من طرف واحد فقط مثل زوجة الرجل وبنته من غيرها فإنه يجوز للإنسان أن يتزوج بنت رجل وامرأة له غير أم البنت إذا كانت قد بانت منه لأنا إذا قدرنا الذكر هي البنت حرمت عليها المرأة لأنها امرأة أبيها وإن قدرنا المرأة هي الذكر لم تحرم عليها البنت لأنها تكون أجنبية .

﴿فإن جمعهما عقد﴾ واحد نحو أن يعقد على الأختين معاً أو على المرأة وبنت أختها معاً أو نحو ذلك مع كونهما معاً ﴿حرتين أو أمتين بطل﴾ العقد لأنه لا مخصص لصحة إحداهما دون الأخرى. فأما إذا كانت إحداهما أمة صح نكاح الحرة وبطلت الأمة(١) لأن نكاح الأمة لا يصح إلا بشرط والحرة يصح من غير شرط فكان هذا مخصصاً لصحة نكاح الحرة دون الأمة ﴿ كخمس حرائر أو﴾ خمس ﴿إماء﴾ جمعهن عقد واحد فإن العقد يبطل لعدم المخصص لإحداهن بخلاف ما لو كان بعض الخمس حرائر وبعضهن إماء فإن العقد يصح بالحرائر دون الإماء حيث كان الزوج حراً . قال الإمام عليه السلام ولم نقصد بقولنا كخمس قياس الأختين على الخمس وإنما أردنا مجرد التشبيه توصلا إلى ذكر الخمس .

---

(١) حيث كان الزوج حراً لاعبداً فيبطل فيهما وحيث تكونان قريبتين والاصح فيهما اهـ .

﴿ لا ﴾ إذا جمع فى عقد واحد بين ﴿ مَن يحل ﴾ له نكاحها ﴿ و ﴾ من ﴿ يحرم ﴾ عليه نحو أن يجمع فى عقد بين رضيعته وأجنبيـة فإن العقد لا يبطل حينئذ ﴿ فيصح من يحل ﴾ دون من يحرم فتتعين الأجنبية دون الرضيعة .

﴿ وكل وطء لا تستند إلى نكاح أو ملك صحيح أو فاسد لا يقتضى التحريم ﴾ فلو أن رجلاً وطئ امرأة حراماً أو غلطاً أو بنكاح باطل أو ملك باطل لم يحرم عليـه أصولها ولا فصولها ولا تحرم هى على أصوله ولا فصوله . وكذا لو وطئ أم امرأته لم تحرم عليه ابنتها ولو وطئ امرأة ابنه لم تحرم على زوجها ونحوذلك. وأما إذا استند الوطء إلى نكاح أو ملك صحيحين أو فاسدين اقتضيا التحريم.

﴿١٤١﴾ ﴿فصل﴾

﴿ ووليه ﴾ أى ولىّ عقد النكاح فى الحرة ﴿ الأقرب فالأقرب ﴾ فلا ولاية للأبعد مع وجود الأقرب كالأخ مع الابن ولو من زنى حيث يعقد لأمه . قال فى الزهور : « وإذا زوج المرأة فضولى ولها وليّان صغير وكبير أو قريب وبعيد ثم مات الكبير أو القريب فليس للأبعد الإجازة بل يبطل العقد لأنها ليست له حال العقد ». والأصغر ﴿ المكلف ﴾ فلا ولاية للصبى والمجنون « الذكر » ﴿ الحر ﴾ الحلال الموافق فى الملة ﴿ من عصبة النسب ﴾ فلا ولاية للقريب الذى ليس بعصبة كالخال والأخ لأم لأنهما من ذوى الأرحام ، ولا ولاية لهم على النكاح إذا لم يكونوا عصبات .

﴿ واعلم ﴾ أن أقرب العصبة هو الابن ثم ابنه مانزل ، ثم الآباء ، وأقربهم الأب ثم أبوه ثم كذلك ماعلوا ، ثم الإخوة لأبوين ، ثم لأب ، ثم ابن الأخ لأبوين ، ثم لأب ، ثم الأعمام كذلك ، ثم بنوهم ، ثم أعمام الأب كذلك ثم بنوهم كذلك . . وابن الأخ لأب أولى : عقلاً ، وارثاً ، ونكاحاً :من ابن ابن الأخ لأبوين . وابنُ العم

أولى من أعمام الأب .

﴿ فرع ﴾ ومن لم يعرف تدريج نَسَبه من العصابات حتى يلتقيا إلى جد واحد بشهرة أو شهادة فلا حكم له كما فى الإرث والعقل .

﴿ فرع ﴾ وولى بِنْتَى الزنى والملاعنة الإمام والحاكم لاعصبة أمها لأنه لايكون حكمهم حكم العصبة إلا فى العقل .

﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن للمرأة عصبة من النسب فولىّ نكاحها عصبة ﴿ السبب ﴾ وهو معتقها إن كانت عتيقة فلو كانت المعتِقة امرأة عينت من يعقد لعتيقها وكذا أمتها ونفسها حيث لاولىّ . ﴿ ثم ﴾ إذا كان السبب وهو المعتق قد مات أو غاب غيبة منقطعة أو نحو ذلك كانت الولاية إلى أقرب ﴿ عصبته ﴾ بشرط أن يكون جامعاً لتلك القيود من النسب فيكون ابن المعتق أولى ثم ابن ابنه ﴿ مرتباً ﴾ على ذلك التدريج فى النسب سواء سواء. وأما عبد الصغير وأمته فولاية نكاحهما إلى ولىّ مال الصغير . ﴿ ثم ﴾ إذا لم يوجد السبب ولا أحد من عصبته لأجل موت أو غيره فصاحب الولاية ﴿ سببه ﴾ وهو معتق المعتق . ﴿ ثم ﴾ إذا لم يوجد معتق المعتق فالولى ﴿ عصبته كذلك ﴾ أى مثل ذلك الترتيب الذى فى عصبة النسب . ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن للمرأة ولى من جهة النسب ولا من جهة السبب فولى نكاحها ﴿ الوصىّ به ﴾ أى بالنكاح فإذا كان ولى نكاحها قد أوصى إلى شخص أن يزوجها فإن هذا الوصى يكون بصفة ولى النكاح فهو أوْلى من الإمام والحاكم عندنا بشرطين : ﴿أحدهما﴾ أن يكون الميت قد أمر الوصى أن يعقد عليها ﴿ لمعيّن ﴾ أى لشخص معين لا لو أمره أن يزوجها ولم يعيّن الزوج فالإمام أوْلى حينئذ . الشرط ﴿الثانى﴾ : أن تكون هذه الوصية ﴿ فى ﴾ حق ﴿ الصغيرة ﴾ عند العقد وفى حق المجنونة بشرط استمرار الجنون من وقت الإيصاء إلى وقت العقد، وليس كالوصى من كل وجه لأنه لو مات هنا لم يصح أن يوصى إلى غيره ولا تعتبر العدالة . وأما فى حق الكبيرة العاقلة فلا ولاية للوصى على نكاحها.

﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن ثَمّ وصيّ جامع للشرطين، أو كان موجوداً لكن تعذر لوجه فالولى هو ﴿ الإمام والحاكم ﴾ فى حق الصغيرة والكبيرة إذا كانت ولاية الحاكم من جهة الإمام أومن جهة الصلاحية، فإن غاب الإمام والحاكم غيبة منقطعة كسائر الأولياء جاز للمرأة أن تعيّن من يزوجها .

﴿ قيل ثم الوصى به فى ﴾ حق المرأة ﴿الكبيرة﴾ كالوصى بالعقد فى حق الصغيرة والمختار للمذهب أنه لاولاية للوصى به فى حق الكبيرة وقد أشار الإمام عليه السلام إلى ضعفه بقوله قيل .

﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن للمرأة ولىٌّ من نسب ولا سبب ولم يكن ثمة إمام ولا حاكم أو كانا موجودين لكن حصل عذر مما سيأتى إن شاء الله تعالى وأرادت أن تزوَّج فإنها ﴿ توكّل ﴾ رجلاً بالغاً عاقلاً حراً يزوِّجها إذا كانت بالغة عاقلة، وهذا فى الحقيقة تعيين منها للولى وليس بتوكيل حقيقة . قال فى الكواكب : « فلو زوَّجها فضولى ثم أجازت صح لأن إجازتها بمعنى الرضى وكذا لو زوجها من نفسه ».وأما إذا كانت صغيرة فوليّها من صلح من المسلمين كولاية اليتيم عند الهدوية وهو المختار للمذهب .

﴿مسئلة﴾ قال فى البيان: «والأولياء على أربعة ضروب : الأول منهم من ولايته فى النكاح والسفر معاً وهو العصبة المحرم الحر المسلم ، ومنهم من لا ولاية له فيهما معاً وهو الكافر على المسلمة ، ومنهم من ولايته فى السفر لا فى النكاح وهو المسلم المحرم على الكافرة وذوى الأرحام المحارم من الرضاع والعبد المحرم ، ومنهم من ولايته فى النكاح لا فى السفر وهم العصبات غير المحارم والوصى بالنكاح » .

﴿ و ﴾ إذا كان للمرأة أولياء متعددون فإنه ﴿ يكفى ﴾ فى عقد نكاحها ﴿واحد﴾ منهم إذا كانوا ﴿ من أهل درجة ﴾ نحو أن يكون لها بنون أو اخوة من أب وأم جميعاً أو من أب جميعاً . وكذا لو أعتقها جماعة فإنه يكفى واحد منهم ولا يحتاج إلى مراضاة الآخرين مهما كان الزوج كفواً، وإلا فلهم الاعتراض إذا كان عليهم غضاضة

﴿ إلا الملاك ﴾ فلا يكفي واحد منهم في عقد الأمة المشتركة بل لابد من رضاهم جميعاً أو يوكلوا أحدهم يعقد لها برضى الآخرين .

﴿ ومتى ﴾ ادعت امرأة مكلفة أنه لا ولي لها و ﴿ نَفَتْهم ﴾ ونسبها غير معروف في الجهة بأن تكون ﴿ غريبة ﴾ يعني مجهولة النسب ﴿ حلفت احتياطا ﴾ يعني ندباً من الحلف بأنه لا ولي لها وأنها خلية عن موانع النكاح ، وأما هي فيجب عليها إن طلبت منها وزوجها الإمام أو الحاكم أو من تعيينه، فلو نكلت لم يزوجها إلا أن تترك اليمين حياء وحشمة كان له أن يزوجها ، وكذا لو نكلت ثم رجعت قبل قولها. فإن عرف نسبها قبل أن يزوجها بحث عنه إن أمكن ووجب البحث على من أراد التزويج منها أو من المزوج . فان ظهر لها ولي من بعد ولم تكن تعرفه فلا اعتراض له لأن ولايته قد بطلت بغيبته وإن تزوجت غير كفو إلا لفضاضة فله الاعتراض .

﴿ وتنتقل ﴾ ولاية النكاح ﴿ من كل ﴾ واحد من الأولياء ﴿ إلى من يليه ﴾ منهم ﴿ فوراً ﴾ بلا انتظار في الكبيرة والصغيرة[1] بأحد أمور ستة : ﴿ الأول ﴾ ﴿ بكفره ﴾ أي باختلاف الملة ﴿ و ﴾ ﴿ الثاني ﴾ ﴿ جنونه ﴾ ولو صرعاً والعبرة بالعارض حال العقد وإن قل إلا إذا كان زوال عقله بالسكر أو البنج فينتظر ولا تبطل ولايته . ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ غيبته ﴾ غيبة ﴿ منقطعة ﴾ في حق الحرة وأما الأمة فلا يزوجها إلا سيدها ، واختلفوا في تحديد مسافة الغيبة المنقطعة . فالصحيح للمذهب أنها شهر لايزيد ولا ينقص لمدة الذهاب والرجوع من يوم إرادة العقد والعبرة بموضع الزوجة . قال في فتح الغفار[2] : « وسواء ذلك في حق الأولياء وحق ذي الولاية في الأصح كما هو ظاهر الأزهار وكما ذكره الإمامان » يعني صاحب الأزهار وحفيده الإمام

---

(١) ماعدا العضل في الصغيرة فلا تنتقل به الولاية اه .

(٢) كلما عزوناه إلى الفتح أو فتح الغفار فالمراد به « فتح الغفار المطعم لأثمار الأزهار » لمؤلفه القاضي العلامة يحيى بن محمد بن حسن حُميد ـ بضم الحاء ـ رحمه الله اه .

شرف الدين صاحب الأثمار .

﴿فرع﴾ وتبطل ولاية الغائب فى غيبته المنقطعة وكذا إذا وكل ثم بطلت ولايته بالغيبة بطلت الوكالة . فإن تزوجت غير كفو فالمذهب أن للغائب الاعتراض إذا كان عليه غضاضة . فان تحققت غيبته المنقطعة ثم عقد عليها الولى الحاضر أو عيّنت من يزوجها بناء على الأصل أنه باق فى المسافة المنقطعة ثم وصل عقيب العقد فالمذهب أيضاً أنه لا يصح العقد اعتباراً بالانتهاء وكذا فى تعذر المواصلة ونحوها بخلاف ما لو خفى مكانه ثم عرف بعد العقد فقد صح العقد .

﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ هو ﴿تعذر مواصلته﴾ حال العقد ولا عبرة بطول المدة وقصرها ولا يجب بذل المال وإن قل وذلك نحو أن يكون فى سجن ولم يتمكّن من مواصلته أو فى مكان طريقه مخوفة أو غير معروفة . ﴿و﴾ ﴿الخامس﴾ هو ﴿خفاء مكانه﴾ حال العقد ولو داخل الميل نحو أن يكون موجوداً فى بلد أو ناحية ولا يعلم فى أى جهة هو ولا يحصى طلبه فى مدة الغيبة المنقطعة . ﴿و﴾ أما ﴿السادس﴾ وهو أن يعضل الولى من إنكاحها لغير عذر فان ولايته تنتقل ﴿بأدنى عَضْل فى﴾[1] حق ﴿المكلفة الحرة﴾ وحقيقة العضل[2] هو أن يمتنع الولى من تزويج البالغة العاقلة الحرة الراضية من الكفو لا ليتعرف حاله فلا يكون عاضلاً إلا بهذه الشروط، فلو امتنع من تزويج الصغيرة لأنه لا رضاء لها أو المجنونة أو الأمَة أو امتنع قبل أن ترضى أو امتنع لأجل عدم الكفاءة أو امتنع ليتعرف حاله، وإذا ادعى بعد الإمهال لتعرف حاله عدم الكفاءة بيّن ذلك . أو امتنع للصلاة حيث يضيق الوقت لم يكن عاضلاً . وأدنى

(١) أما إذا عرفت أنها تلحقها المضرة من وليها إذا طلبت تزويجها كان عاضلا وجاز أن تعين من يزوجها حيث لا قريب غيره ولا إمام ولا حاكم اه .

(٢) العضل بفتح العين وإسكان الضاد هو منع الولى الأيم من التزويج. قال أهل اللغة: العضل المنع، يقال عضل فلان أيمه اذا منعها من التزويج، فهو يعضلها ويعضلها بكسر الضاد وضمها اه .

العضل أن يقول أمهلونى حتى أصلى وهو لايخشى فوات الوقت الاختيارى حيث كان مذهبه التوقيت أو الاضطرارى مطلقاً ، أو يقول أزوجها فى ساعة أخرى ولا عذر له فى الحال أو يطلب ما يعتاد الناس من شرط: أى جعل، أو غيره أو متى رجعت أنا أو رجعت هى إلى بيتى[1] انتقلت ولايته إلى الأقرب بعده ، وكذا لو امتنع من تزويجها خوفاً على نفسه فلا يأثم وتنتقل الولاية إلى من بعده ، وإذا زوجها الولى الثانى من غير كفو فللعاضل الاعتراض إذا كان عليه غضاضة ، فإن رجع الولى الأول عن العضل قبل الإنكاح عادت ولايته . فلو عقد القريب أو الحاكم بعد الرجوع قبل العلم لم يصح ، وأما لو زوّج المكلفة الحرة فضوليٌّ وامتنع الولى من الإجازة لم يكن عاضلاً لأن العقد حق له .

﴿ و ﴾ إذا ادّعت المرأة أن وليّها عضلها أو نحو ذلك من الأمور الخمسة المتقدمة فانه ﴿ لا يقبل قولها فيه ﴾ أى فى ذلك كله لأنها تحاول إبطال حق قد أقرت بثبوته لأن الإنكاح حق للولى فلا يبطل بدعوى المرأة مالم يثبت ذلك عند من يريد تزويجها من الإمام أو الحاكم أو غيرهما ، ولا يكفى خبر الواحد فى وقوع العضل من الولى بل لابد من شهادة كاملة سواء كان ثمة خصم منازع لها أم لا .

﴿١٤٢﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ و ﴾ النكاح ﴿ شروطه ﴾ التى لا يصح إلا بها ﴿أربعة﴾ : ﴿ الأول ﴾ ﴿عقد﴾ والعقد له خمسة أركان : ﴿ الأول ﴾ أن يقع ﴿ من ولى ﴾ النكاح فلا يصح من المرأة أن تزوّج نفسها . وإنما يصح العقد إذا وقع من ولى ﴿مرشد﴾[2] بالغ عاقل ولو كان

(١) اللهم إلا أن يكون عليه غضاضة فى تزويجها فى غير بيته لم يكن عاضلا اه .

(٢) وقد تقدم مثل هذه العبارة فى الجزء الأول صفحة (١٨٣) فى الزكاة فينظر ما وجه عدوله عن العبارة المعتادة وهى مكلف، هل للتفنن فى العبارة أو لنكتة غير ذلك اه .

فاسقاً ﴿ ذكر ﴾ حر لأنه لا ولاية لامرأة[١] ولا لعبد ﴿ حلال ﴾ احتراز من الولى المحرم بحج أو عمرة أو مطلقاً فان عقده لا يصح عندنا ولا فرق بين أن يكون الإحرام صحيحاً أم فاسداً ولا فرق بين أن يكون الولى إماماً أو غيره ، ومن حق الولى أن يكون ﴿ على ملّتها ﴾ أى ملة المرأة التى يزوّجها ، فان اختلفت ملّتهما لم تكن له ولاية عليها نحو أن تكون للمسلم بنت ذمية بالغة عاقلة وأرادت النكاح ، فان كان لها أولياء ذمّيون زوّجها أقربهم إليها وإن لم يكونوا فتوكل رجلا من أهل ملّتها ، فان كانت صغيرة فهى مسلمة باسلام أبيها .

﴿ الركن الثانى ﴾ أن يعقد ﴿ بلفظ تمليك ﴾ خاص للتزويج كزوّجت أو أنكحت أو نحوها أو عام كملكت ونذرت وتصدقت وبعت ووهبت[٢] ﴿ حسب ﴾ ما يقتضيه ﴿ العرف ﴾ فى تلك الناحية أى ما جرى فى عرفهم أنه لفظ تمليك صح النكاح به بحيث لو جرى عرف فى ناحية أنّ أعرتك أو أحللتك بمعنى ملكتك صح النكاح به . ولا يصح بلفظ الإجازة ، وأما ما جرى به العرف أنه تمليك مخصوص لجنس مخصوص نحو اشتطت فانه يستعمل فى تمليك الحَبِّ ، وصرفت فانه يستعمل فى بيع الدراهم فيما هو من جنس النقود فلا ينعقد به إلا تمليك ذلك الجنس فقط .

﴿ الركن الثالث ﴾ أن يكون لفظ التمليك متناولاً ﴿ لجميعها أو بضعها ﴾ إذ هو المقصود بالتمليك بالنكاح فيقول زوجتكها أو ملكتك إياها أو زوجتك بضعها أو ملكتك بضعها ، فأما لو قال زوجتك يدها أو رجلها أو رأسها لم ينعقد النكاح وكذا ثلثها أو ربعها . ولا فرق بين أن يحصل عقد الولى ﴿ أو إجازته ﴾ لعقد صحيح بعد أن

---

(١) قال فى حاشية السحولى : « فلو كانت المرأة مالكة أو معتقة وكلت من يملك لملوكتها وعتيقتها وهو تعيين فى التحقيق لا توكيل حقيقة اه .

(٢) ما لم يقصد بذلك فى الحرة تمليك الرقبة لم ينعقد نكاحاً ، فان كانت أمة انصرف إلى رقبتها ما لم يتقدم طلب نكاحها أو يتصادقا على أنه المراد اه .

وقع من فضولى فإنه ينفذ النكاح بإجازته كما ينفذ بعقده . وطلب الولى المهر إجازة كطلب الثمن وكذا قبض المهر أو الكسوة أو نحوها فيكون الفعل إجازة ﴿قيل ولو﴾ زوجت المرأة نفسها فأجاز الولى ذلك نفذ ﴿عقدها﴾ ذكر ذلك أبو العباس، والمختار وهو قول المؤيد بالله أن ذلك لا يصح أصلا سواء كانت الاجازة فى مجلس العقد أو فى غيره .

﴿أو﴾ حصل ﴿عقد﴾ من فضولى ذكر ﴿صغير مميز﴾ وهو من يعرف مايتصرف فيه وما يتكلم به هل ينفع أو يضر فأجاز الولى عقده انعقد النكاح بالإجازة ولو لم يكن مأذونا كما يصح توكيل الصبى غير المأذون فى البيع . وسواء كان إجازة العقد من الولى ﴿أو من نائبه﴾ نحو أن يوكل الولى من يزوج المرأة فعقد لها فضولى فإن الوكيل يصح أن يجيزه ولو لم يفوض . ولا بد أن يكون الوكيل ﴿غيرها﴾ أى غير امرأة فلا يصح توكيل المرأة أن تزوج نفسها أو غيرها . فأما لو وكل المرأة أن توكل عنه من يزوجها فإن ذلك يصح والوكيل وكيل له لا لها لأنها لو أرادت أن تعز له لم يكن لها ذلك .

﴿و﴾ الركن ﴿الرابع﴾ أن يقع ﴿قبول﴾ لعقد النكاح ﴿مثله﴾ أى مثل العقد وذلك لأن من حق العقد أن يكون ماضياً مضافا إلى النفس مشتملا على جميعها أو بعضها، فيقول فيه زوجتك أو أنكحتك ويصح بدون كاف الخطاب فيقول زوجت أو أنكحت . فلو قال أزوج لم يصح ، ولو قال زوج من غير إضافة لم يصح . ولو قال زوجتك يدها أو رأسها لم يصح . ويجب أن يكون القبول مثله فى ذلك فيقول قبلت أو تزوجت، فلو قال أتزوج لم يصح، ولو لم يضفه إلى نفسه لم يصح نحو أن يقول تزوج أو قبل ولو قال قبلت نصفها أو رأسها أو نحو ذلك لم يصح، وكذا لو قال الولى زوجتك فلانة فقال قبلت بضعها فلا يصح لأنه لم يطابق . فإن قال زوجتك بضع ابنتى فقال قبلت بضعها أو قبلت جميعها صح لعموم لفظ القابل لما أوجب عليه الولى وزيادة . فظهر

لك أن من حق القبول أن يكون مثل الإيجاب أو أعم منه فى هذه الأمور وذلك هو المقصود بقول الإمام عليه السلام « مثله » والسؤال يغنى عن القبول فلو قال زوجنى ابنتك فقال زوجتك لم يحتج إلى قبول .

﴿ فرع ﴾ ويصح العقد بماض ومستقبل بلفظ الأمر وبنعم إذا كانت جواباً لماضى مضافاً إلى قائل نعم، وكذا فعلت فى حكمها وإيه وآه نحو زوجنى ابنتك فقال أبوها نعم أو فعلت . وكذا لو قال الولى قد استنكحت ابنتى أو تزوجتها فقال الزوج نعم ..أو قال تزوج ابنتى فقال تزوجت أو قال زوجنى ابنتك فقال زوجت صح العقد .

ولا بد أن يكون القبول ﴿من مثله﴾ أى مثل الولى فى صفاته التى تقدمت وهى كونه مرشداً[1] ذكراً حراً ، حلالاً ، على ملّتها ، ولا بد أن يكون هو المتزوج أو نائبه أو فضولى وتلحقه الاجازة من الناكح ولا يصح توكيل المرأة على القبول .

﴿الركن الخامس﴾ أن يكون القبول واقعاً ﴿فى المجلس﴾ الذى وقع فيه الإيجاب وهو ما حواه الجدار فى العمران وما يسمع فيه الخطاب المتوسط فى القضاء لا لو وقع الإيجاب فى مجلس وانتقلا عنه قبل القبول ولو لم يفترقا فإنه لا يصح بل لا بد أن يقع القبول والإيجاب فى مجلس واحد فلو كانا فى سفينة أو سيارة أو طيارة ووقع الإيجاب وسارت بهما ووقع القبول فى غير محل الإيجاب فإنه يصح بخلاف ما إذا كانا فى سفينتين أو نحوهما أو على بهيمتين فلا يصح سواء سارتا بهما أم لا . ولا يشترط عندنا أن يقع القبول عقيب الإيجاب فوراً وإلا بطل إذا تراخى ولو قليلاً بل يشترط أن يقع القبول ﴿قبل الإعراض﴾ أى لا يتخلل بين الإيجاب والقبول من المتزوج إن تقدم الإيجاب أو من الموجب إن تقدم القبول أمر يفهم من حاله أنه معرض عن القبول

(١) قال فى الوابل « غالبا » احتراز من الصبى المميز والعبد حيث اذن لهما فيصح مع أنهما ليسا مثل الولى . قلت : والولى كذلك يصح أن يكون أحدهما مع الإذن له ممن له الولاية فلعله لا حاجة إلى ذكر غالبا هنا فليتأمل انتهى .

نحو أن يقوم القابل بعد سماع الإيجاب أو يقوم الموجب إن تقدم القبول فإن إعراض أحدهما موجب لعدم صحة العقد .

﴿ و ﴾ الإيجاب والقبول ﴿ يصحان بالرسالة ﴾ من الزوج أو من الولى ولو كان الرسول كافراً أو امرأة أو صبياً مميزاً أوعبداً محرماً . ﴿ و ﴾ يصحان بـ ﴿ الكتابة ﴾ وصورة الرسالة أن يقول المرسل قل لفلان يزوجنى ابنته أو يتزوج بابنتى فيحكى الرسول لفظ المرسل أو معناه فكأن الناطق هو المرسل . ثم يقول المرسل إليه زوجت أو تزوجت أو قبلت . ولا يحتاج رسول المتزوج إلى القبول بل ينعقد النكاح بقول الولى زوجت ويصح أن يكون الرسول أحد الشاهدين إذا كان عدلاً لأنه حاك عن المرسِل فكأن المرسِل حاضر .

وأما الكتابة ولو المكتوب إليه فى المجلس نحو أن يقول فى كتابه زوجنى ابنتك أو تزوّج ابنتى ثم يقول المكتوب إليه زوجت أو تزوجت . ولكن يشترط فى الكتابة معرفة الشهود لكتابه وأن يقرأ على الشهود الإيجاب والقبول مجتمعين وفى الرسالة أن يسمع الشهود ذلك مجتمعين أيضاً فإن لم يكن ثمة شهود عند ذلك كرره عند حضورهم وكان لفظ الكتاب أو المرسَل كالمتكرر فيزوج فى ذلك المجلس أو فى غيره ما لم يعرض .

﴿ فرع ﴾ والكتابة صريح فى النكاح وفى البيع لأنه عقد بينه وبين غيره فلا كناية فيهما ولا تعويل على النية فيهما بخلاف الطلاق واليمين فهو كناية فيهما لأنهما لفظ بينه وبين نفسه فكان لنيّته حكم فيهما . هذا لفظ البيان ويلحق بذلك الخلع يعنى بالطلاق، فيصح بالكتابة تبعاً إن كان عقداً بينه وبين غيره كالبيع فلا تنخرم به القاعدة بل يقع الطلاق . والمراد أن الكتابة صريح فى النكاح والبيع وكناية فى اليمين والطلاق وكذا الخلع .

﴿ و ﴾ الإيجاب والقبول يصحان أيضاً ﴿ من المصمت والأخرس ﴾ بالكتابة

أو ﴿ بالإشارة ﴾ المفهمة لعقد النكاح أو بالكتابة إذا أمكن فهى أظهر من الإشارة ، فالمصمت هو الذى عرض له مانع من الكلام لأجل علة عرضت وقد كان مفصحاً ولو مما يرجى زواله كوجع الحلق . والأخرس هو الذى لم تصلح آلة الكلام فيه فلم يتكلم من مولده .

﴿ و ﴾ يصح ﴿ اتحاد متوليهما ﴾ أى يصح أن يتولى الإيجاب والقبول واحد فى النكاح: إمابالوكالة من الزوج والولى أوبالولاية على نحو صغيرين أو مجنونين أو بالملك على نحو مملوكين له . قال فى حاشية السحولى : «وقد دل على هذا قولهم فيمن أعتق أمته وجعل عتقها مهرها أنه يصح أن يقول تزوجتك على أن يكون عتقك مهرك أو نحو ذلك ، فجاز تولى الطرفين من واحد بلفظ واحد » « قلت » وللولى والإمام والحاكم ووكيل المرأة ووكيل الولى المفوض أن يزوجها من نفسه إذا رضيت ويتولى الطرفين بلفظ واحد نحو تزوجتك أو زوجت نفسى فلانة أو تزوجت فلانة لنفسى أو تزوجت فلانة لأن فيه معنى الإيجاب والقبول ولا يحتاج أن يقول وقبلت . وكذا يصح اتحاد متوليّهما لو فعل فضولى الإيجاب والقبول واتفقت الإجازة من الولى والزوج نفذ النكاح .

ولا بد أن يكون المتولى للإيجاب والقبول ﴿ مضيفاً ﴾ لفظاً ﴿ فى اللفظين ﴾ معاً أى يضيف الإيجاب إلى الولى والقبول إلى الزوج : فيقول وكيل الزوج والولى زوجت فلانة عن فلان وقبلت لفلان ، هذا معنى الإضافة فى اللفظين وهما الإيجاب والقبول ويكفى لفظ واحد حيث يقول تزجت لفلان فلانة لأنه يحصل به فائدة القبول وهى الاخبار بالرضى فلا تحتاج الإضافة فى لفظة تزوجت إلى الولى. وأما زوجت فلا بُدّ من الإضافة إلى الولى كما تقدم مثاله .

﴿ وإ ﴾ ن ﴿ لا يضف ﴾ الوكيل النكاح إلى الموكل ﴿ لزمه ﴾ النكاح وكانت زوجة له ﴿ أو بطل ﴾ العقد ولم تكن له ولا للموكل . أما الصورة التى يلزمه فيها النكاح

وتـكون زوجة له لا للموكل فهى أن يكون الوكيل فى الطرفين واحداً وذلك حيث وكله ولىّ المرأة على تزويجها مطلقا ولم يعين الزوج أو يفوضـه أن يزوجها من شاء ووكله الزوج أن يتزوجها له فيقول قد تزوجت فلانة ولا يقول لفلان فإنها فى هذه الصورة تكون زوجة له . وأما حيث لايتحد المتولى للطرفين فذلك حيث يقول الولى زوجتك فلانة فيقول الوكيل قبلت ولم يقل الولى زوجتك لفلان ولا الوكيل قبلت لفلان فهى فى هذه الصورة تـكون زوجة للوكيل ولو نوَيا معاً كونها للموكل .

وأما حيث يبطل العقد بترك الإضافة : فذلك حيث يتولى الطرفين واحدٌ نحو أن يوكله الولى أن يزوجها من زيد ووكله زيد أن يتزوجها له فيقول قد تزوجت فلانة ولا يقول لزيد فلا يصح نـكاحها له ولا لزيد ولا تـكفى نيّة كونها لزيد فالنـكاح ها هنا باطل لعدم الإضافة لفظاً . وللوكيل تجديد ما وكل فيـه ولا ينعزل بالباطل ... وأما حيث يتولى الطرفين إثنان فذلك حيث تحصل الإضافة من أحـد الجانبين نحو زوجت منك ابنتى لفلان فقـال الوكيل قبلت ولم يقل له بطل . أو حيث يضيف أحدهما إلى غير من أضاف إليه الآخر نحو أن يقول زوجتك ابنتى لعلى فيقول قبلت لخاله فإنه يبطل .

ويبطل النكاح مع العلم ﴿ويفسده﴾ مع الجهل أمور أربعة ﴿الأول﴾ ﴿الشِّغار﴾ بكسر الشين وهو أن يزوج كلُّ واحد من الرجلين ابنتَه من الآخر على أن يكون بضع كل واحدة منهما مهراً للأخرى فهذه المسئلة فيها أربعة أطراف: إن لم يذكر البضعان ولا المهران صح ويلزم مهر المثل . وإن ذكر البضعان ولم يذكر المهران ولا أحدهما فإنه يفسد مع الجهل ويبطل مع العلم . وإن ذكر البضعان أو المهران أو أحدهما وإن قل صح نـكاحهما معاً عندنا . وإن ذكر بضع إحداهما دون الأخرى ولم يذكر مهر لم يصح النكاح فى التى ذكر بضعها وصح فى التى لم يذكر بضعها .

﴿و﴾ ﴿الثـانى﴾ ﴿التوقيت﴾ للنكاح سواء كان بوقت معلوم أم مجهول

فى الإيجاب نحو أن يقول زوّجتك بنتى شهراً أو حتى يأتى الحجيج أو نحو ذلك أم فى القبول نحو أن يقول قبلت هذا النكاح شهراً أو نحو ذلك فان هـذا يفسد مع الجهل ويبطل مع العلم لتوقيته . ومن المؤقت نـكاح المتعة وهو عندنا وجمهور الأمة محرم(١)

(١) وقالت الإمامية إن نـكاح المتعة حلال ويعزون ذلك إلى الصادق والباقر . وحقيقة المتعة كما فى كتب الإمامية « هى النكاح المؤقت بأمد معلوم أو مجهول » وغايته إلى خمسة وأربعين يوما بعوض معلوم ما لم يقل فاذا مضت المدة وأردت المقام بعد ذلك على ما مضى فما مضى من الشرط بقينا عليه فتتجدد المتعة والأجرة وهو العوض. ويرتفع النكاح بانقضاء الوقت فى المنقطعة الحيض وبحيضتين فى الحائض وبأربعة أشهر وعشر فى المتوفى عنها زوجها. وحكمه أن لايثبت لها مهر غير المشروط ولا تثبت لها نفقة ولا توارث ولا عدة إلا الاستبراء بما ذكر ولا يثبت به نسب إلا أن يشترط وتحرم المصاهرة بسببه. هذا كلامهم.

وقد ثبتت فى صدر الإسلام ونسخت بعد ذلك قطعا بعدة أحاديث، واستقر الإجماع على تحريمها إلا ما يروى عن الإمامية فغير معتد بخلافهم . ومما ورد فيها «عن سلمة بن الأكوع رضى الله عنه قال : رخص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عام أوطاس فى المتعة ثلاثة أيام ثم نهى عنها» رواه مسلم وأوطاس واد بديار هوازن كانت فيه غزوة بعد الفتح . فدل هذا الحديث على أنه صلى الله عليه وآله وسلم رخص فى المتعة ثم نهى عنها واستمر النهى ونسخت الرخصة . وإلى نسخها ذهب الجماهير من السلف والخلف وقد روى نسخها بعد الترخيص فى ستة مواطن : « الأول » فى خيبر « الثانى » فى عمرة القضاء « الثالث » عام الفتح «الرابع» عام أوطاس «الخامس» غزوة تبوك «السادس» فى حجة الوداع، فهذه التى وردت إلا أن فى ثبوت بعضها خلافاً ، قال النووى : الصواب أن تحريمها وإباحتها وقعا مرتين فـكانت مباحة قبل خيبر ثم حرمت فيها، ثم أبيحت عام الفتح وهو عام أوطاس ثم حرمت تحريماً مؤبداً، وإلى هذا التحريم ذهب أكثر الأمة ، وذهب إلى بقاء الرخصة جماعة من الصحابة وروى رجوعهم وقولهم بالنسخ، ومن أولئك ابن عباس روى عنه بقاء الرخصة ثم رجع عنه إلى القول بالتحريم . قال البخارى : بين على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليـه وآله وسلم أنه منسوخ ، وأخرج ابن ماجه عن عمر باسناد صحيح أنه خطب فقال: ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن لنا فى المتعة ثلاثاً ثم حرمها، والله لا أعلم أحداً تمتع وهو محصن إلا رجمته بالحجارة. وقال ابن عمر نهانا عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وما كنا مسافحين . . إسناده قوى . والقول أن إباحتها قطعى ونسخها ظنى غير صحيح لأن الراوين لإباحتها رووا نسخها وذلك إما قطعى فى الطرفين أو ظنى فى الطرفين معاً .. قال فى نهاية المجتهد : انها تواترت الأخبار بالتحريم إلا أنها اختلفت فى الوقت الذى وقع فيه التحريم اه .

﴿ قيل ﴾ القائل الفقيه حسن وهو أن توقيت النكاح مفسد إذا كان ﴿ بغير الموت ﴾ لا به فلا يفسد إذاوقت مدة حياتهما أو حياة أحدهما . والمختار فساد النكاح بالتوقيت مطلقاً ولو وقت بالموت ولهذا أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف هذا القول بقوله قيل .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ استثناء البضع ﴾ من المرأة أو بعضه على جهة الدوام أما لو كان مدة معلومة كأن لايطأها سنة صح العقد ويلغو الشرط . وسواء كان المستثنى الولى أم الزوج : أما استثناء البضع فهو أن يقول زوّجتك ابنتى إلا بضعها وأما استثناء غير البضع نحو اليد والرأس والاستمتاع، وأما استثناء المشاع فنحو أن يقول زوّجتك ابنتى إلا نصفها أو إلا ثلثها أو نحو ذلك لأنه يدخل فيه بعض البضع فيفسد مع الجهل ويبطل مع العلم .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ من مفسدات العقد هو أن يذكر فيه ﴿ شرط مستقبل ﴾ مقارن نحو أن يقول زوّجتك إن جاء فلان غداً أو إن شفى الله مريضى أو إذا طلعت الشمس أو نحو ذلك . فأما لو كان الشرط حالياً أو ماضياً نحو إن كنت قرشياً أو إذا كان قد حصل كذا أو نحو ذلك فان هـذا الشرط لايفسد به العقد ولا ينفذ إلا إذا انكشف حصول الشرط. وسيأتى أبسط من هذا فى فصل « ٢٠٣ »

﴿ فرع ﴾ اعلم أن كل شرط مستقبل إن جىء به على جهة لفظ العقد نحو على أن تطلق فلانة أو على أن لاتسكن بلد كذا صح العقد ولغا الشرط إن لم يكن غرضاً فان كان غرضاً ولم يف به وفيت مهر المثل، وإن جىء به بلفظ الشرط نحو ان طلقت فلانة أو إن لم تفعل كذا فقد زوّجتك فسد به العقد إلا أن يكون حالياً نحو إن كنت ابن فلان فقد زوّجتك فلا يفسد به العقد .

﴿ ويلغو شرط ﴾ أى عقد ﴿ خلاف موجبه ﴾[1] أى إذا وقع فى العقد ما يقتضى

(١) ومن اختيارات إمام العصر أيده الله لزوم بقاء الزوجة بمسكنها أو وطنها إذا كان الشرط منها أو من وليها مقارناً للعقد أو متواطئاً عليه إذ الشرط أملك .

خلاف مايوجبه العقد كان الشرط - إذا أتى به على صفة العقد - لغواً أى لا حكم له وكأنه لم يذكر فيصح العقد ويبطل الشرط وذلك نحو أن يقول على أن أمر طلاقها إليها أو على أن لا مهر لها أو على أن لا يخرجها من جهة أهلها أو على أن نفقتها عليها أو نفقته أو أن أمر الجماع إليها : لكن إذا نقصت له شيئاً من المهر لأجل أحد هذه الشروط فان وفّى بذلك الشرط صح النقصان وإن لم يف رجعت عليه بما نقص من مهرها ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من أن تشرط هى أو وليها أو الزوج : أن لا يطأها رأساً فإن هذا الشرط يخالف موجب العقد ولا يلغو بل يفسد به العقد . وأما إذا كان الشرط على أن يطأها مدة معلومة نحو حتى تصلح فيصح العقد ويلغو الشرط . وكذا شرط الخيار فى النكاح لا يفسده فيصح العقد ويلغو الشرط . قال فى البيان وهامشه: ومن قال زوجتك ابنتى على زواج ابنتك منى فقال زوجتك أو زوجت أو قبلت أو تزوجت صح العقدان معاً . وكذا لو قال زوجنى ابنتك على زواج ابنتى منك فقال زوجت أو تزوجت أو قبلت صح العقدان أيضاً لأن المعنى قبلت زواج ابنتك على زواج ابنتى منك ، فالقبول وقع لما شمله العقد . فأما لو قال زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك فقال تزوجت أوقبلت فإنه يصح الأول لا الثانى، فإن قال المجيب زوجت لم يصح أيهما لأنه لم يجب على الأول بجواب قبلت أو تزوجت، وكذا ان قال زوجنى ابنتك على أن أزوجك ابنتى صح الأول فقط لأنه قد حصل فيه الإيجاب والقبول فإن قال تزوجت لم يصح أيهما .

﴿و﴾ ﴿ الشرط الثانى ﴾ من شروط النكاح ﴿إشهاد عدلين[1]﴾ فلا يصح العقد

---

(١) قال فى روضة النووى : ومما يتعلق بآداب العقد أنه يستحب إحضار جماعة من أهل الصلاح زيادة على الشاهدين وأن ينوى بالنكاح المقاصد الشرعية لإقامة السنة وصيانة دينه وغيرهما ويستحب الدعاء للزوجين بعد العقد « بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما فى خير » « قلت » ويكره أن يقال : بالرفاء والبنين لحديث ورد فيه بالنهى عنه ولأنه من ألفاظ الجاهلية . والرفاء : الالتئام والاتفاق . انتهى .

إلا بحضور شاهدين وسماعهما الإيجاب والقبول تفصيلاً وإن لم يقصد إشهادهما. ومذهبنا والشافعى أن العدالة فيهما شرط وهى عندنا كعدالة إمام الصلاة فلا يحتاج إلى اختبار ويصح أن يكون الشاهدان من أولياء المرأة غير العاقد ﴿ ولو ﴾ كان الشاهدان ﴿أعميين﴾ فإن شهادتهما تكفى لاأصمين أوأعجميين عند العرب أو العكس على وجه لايفقهان اللغة إلا إذا كان الزوج والولى أخرسين وعقد بالإشارة فيكفى لأن العمدة حينئذ على النظر لا على السمع ﴿ أو ﴾ كان الشاهدان ﴿عبديهما ﴾ أى عبدى الزوج والزوجة أو أحدهما فإن النكاح يصح بشهادتهما ولو لم يحكم بشهادتهما فى النكاح والمهر والمرادهنا ماينعقد به العقد فينعقد بهما ﴿أو رجل وامرأتين﴾ أو خنثيين لارجل وخنثى تغليباً لجانب الحظر .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ على العدل التتميم ﴾ أى يجب على الشخص الذى يعرف من نفسه العدالة أن يتمم شهادة النكاح إذا كانت ناقصة ومذهب الزوجين اشتراط العدالة نحو أن يوجد شاهد عدل ولايوجد سواه فى الميل ثم إنسان آخر يعرف من نفسه العدالة فإنه يجب عليه حينئذ أن ينضم إلى ذلك الشاهد ليتمم الشهادة وإن لم يُطلب . وإنما يتعين عليه الوجوب ﴿ حيث لا ﴾ يوجد عدل ﴿غيره﴾ فأما إذا كان يوجد غيره ممن لا يمتنع عن الحضور لم يتعين الوجوب على هذا إلا أن يعرف امتناع ذلك الغير .

﴿ و ﴾ إذا حضر العقد شاهدان أحدهما فاسق وظاهره السلامة وهو يعرف أن مذهب الزوجين اشتراط العدالة وجب ﴿ على الفاسق ﴾ وغير العدل ﴿ رفع التغرير ﴾ بالتعريف أن شهادته غير صحيحة لعدم العدالة، هذا إذا لم تمكنه التوبة ، نحو أن يكون الحق لآدمى وهو متمكن من التخلص وإلا كفت التوبة وانعقد النكاح بشهادته .

﴿ و ﴾ إذا كان عقد النكاح بالكتابة نحو أن يكتب الزوج زوجنى ابنتك أو يكتب الولى قد زوجتك ابنتى فإن الشهادة لا تجب عند الكتابة بل ﴿ تقام عند المكتوب إليه﴾ فيقرأ الكتاب وهم يَسْمعون ثم يقول قد زوجته أو قد قبلت النكاح.

وكذا تقام عند المرسل إليه إذا كان العقد بالرسالة ويصح أن يكون الرسول أحد الشاهدين وإن كان حامل الكتاب فأولى فى صحة كونه أحد الشاهدين .

﴿و﴾ تقام الشهادة ﴿ فى ﴾ العقد ﴿ الموقوف﴾ على رضاء الولى أو المرأة أوالزوج أو وليه ﴿ عند ﴾ ذلك ﴿العقد﴾ لاعند الإجازة إذ وقت العقد وقت انعقاده، فالإجازة تلحقه وقد انعقد على وجه الصحة من الشهادة لا عند الإجازة فلم يسمعا إيجاباً ولا قبولاً بل سمعا أجزت أو نحوه .

﴿ و ﴾ الشرط ﴿ الثالث ﴾ هو ﴿ رضاء ﴾ الحرة والمكاتبة ﴿ المكلفة ﴾ وهى البالغة العاقلة ومن شرط الرضاء أن يكون ﴿ نافذاً ﴾ بأن تقول رضيت أو أجزت أو أذنت أو نحو ذلك مما يدل على أنها قد قطعت بالرضا : فرضاء ﴿ الثيب ﴾ يكون ﴿ بالنطق بماض ﴾ وذلك بأن تقول رضيت أو نحو ذلك، فأما لو قالت سوف أرضى أو ما فى حكمه فإنه ليس برضاء وإنما هو وعد بالرضاء .

وقوله ﴿ أو فى حكمه ﴾ أى فى حكم النطق بالماضى وذلك نحو أن تكون خرساء أو غير خرساء للعرف فتشير برأسها أنها قد رضيت ، ومما فى حكم الماضى أن تقول أنا راضية ان رضى ولي على ماجرى به العرف الآن فيصح رضاؤها إن رضى . ومما يقوم مقام النطق القرائن القوية كقبض المهر وطلبه والتهيؤ للزواج ومسيرها إلى بيت الزوج ومد يدها للحناء هذا إذا لم يدخل هذه القرائن احتمال كأن يكون الولى مهيباً تخشى منه إن لم ترض فلا يصح أن تكون هذه القرائن رضًى .

﴿و﴾ أما رضاء ﴿البكر﴾ فيكون ﴿بتركها حال العلم بالعقد ماتعرف به الكراهة﴾ أى إذا بلغها الخبر بالنكاح ولم يظهر من شاهد حالها قرينة يفهم منها أنها كارهة لذلك بل سكتت أو ضحكت أو هربت من منزل إلى منزل فى الدار أو بكت بكاء لا يقتضى الحزن والضجر لأن البكاء قد يكون من الفرح وقد يكون من الترح وإذا التبس

رجع إلى الأصل وهو السكوت فإن ذلك يكون رضاء مع علمها أن لها الامتناع ما لم يظهر منها قرينة يغلب الظن عندها أنها كارهة وتلك القرينة ﴿ من لطم وغيره ﴾ كشق الجيب والدعاء بالويل والهرب من دار إلى دار أو نحو ذلك، ويكفيك أن تفعل فعل من هو كاره لذلك ويكفى فى ذلك غلبة ظن الزوج والولى.

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البيان : وإذا زوّجت البكر ولم يظهر منها رضًى ولا كراهة حتى مات الزوج وطلبت مهرها وميراثها وادعى ورثته أنها ردّت النكاح وكرهته حين علمت فعليهم البيّنة وإن أنكروا علمها بالعقد فالبيّنة عليها وإن كانت ثيباً فعليها البينة بالرضا بالنطق .

﴿ وإن امتنعت قبل العقد ﴾ يعنى إذا خطبت فكرهت فعقد الولى مع كراهتها فعلمت بالعقد ولم يظهر منها حال الخبر بالعقد مايقتضى الكراهة بل سكتت أو نحو ذلك كان رضاء وصح العقد ولم يؤثر كونها قد كانت كارهة من قبل ﴿ أو تثيبت ﴾ يعنى ولو صارت البكر ثيباً لم يبطل حكم البكارة في أن رضاءها يكون بالسكوت ونحو ذلك حيث تزول بكارتها بخرق الحيض أو الوثبة أو بحمل شيء ثقيل أو نحو ذلك مما تزول به البكارة أو لا بكارة لها خلقة فإن ذلك لا يبطل حكم البكارة . وهكذا لو تثيّبت بوطء لا يقتضى تحريم الصهر كالزنا وكالغلط والنكاح الباطل فإنه لا يزول حكم البكارة بهذا الوطء ﴿ إلا ﴾ أن تثيب ﴿ بوطء ﴾ بعد الصلاح ﴿ يقتضى التحريم ﴾ يعنى تحريم المصاهرة وأقله ما يذهب البكارة وذلك كالوطء فى النكاح الصحيح أو الفاسد ولو مكرهة فيهما فإن حكمها حينئذ كالثيب يعتبر رضاها بالنطق ولو لم يقع الوطء إلا مرة واحدة .

﴿ أو غلط ﴾ وهو أن يطأها زوجته فيفتضها ﴿ أو زناء ﴾ فإذا وطئها عن غلط أو زنى فى القبل وكانا ﴿ متكررين ﴾ حتى ذهب الحياء بطل حكم البكارة . وأقل التكرار مرتين ولو فى مجلس واحد مرة زنى ومرة غلط أو زنى من شخصين .

﴿ و ﴾ الشرط ﴿ الرابع ﴾ : ﴿ تعيينها ﴾ أى تعيين المرأة حال العقد وكذا تعيين الزوج فلا يكفى قبلت لأحد أولادى . وتعيينها يحصل ﴿ بإشارة ﴾ إليها نحو أن يقول زوّجتك هـذه المشار إليها أو تلك التى قد عرفتها ولو كانت غائبة ﴿ أو وصف ﴾ نحو زوّجتك ابنتى الكبرى أو الصغرى أو البيضاء أو السوداء أو نحو ذلك من الأوصاف المعينة للمرأة بحيث لا تلتبس معه بغيرها ﴿ أو ﴾ تعيينها باسم كفاطمة أو زينب أو نحوهما أو ﴿ لقب ﴾ نحو زوجتك ابنتى الصالحة أو الحاجة أو كنية لها كأم كلثوم أو أم الفضل أو نحوهما فهى تعين بأى هذه الأمور ﴿أو﴾ بأن يقول زوّجتك ﴿بنتى﴾ أو أختى أو نحو ذلك ﴿ و ﴾ ذلك بشرط أن ﴿ لا ﴾ يكون له بنت أو أخت موجودة فارغة ﴿ غيرها ﴾ فأما لو كان له بنت غيرها لم يكف قوله بنتى لأنها لا تعين بذلك ﴿ أو ﴾ يقول زوّجتك ﴿ المتواطأ عليها ﴾ أى التى قد تواطأنا عليها وعرفتها فإذا عيّنها بأى هذه الأمور صح العقد .

﴿ فرع ﴾ فإذا كان لرجل ابنتان وخطب خاطب الصغرى واسمها زينب واسم الكبرى فاطمة ثم تعاقدا على فاطمة وضمير الزوج أنها الصغرى صح العقد على الكبرى إذ العقود تنعقد على اللفظ دون الضمائر والإرادات .

﴿ ولو ﴾ كانت المزوجة أو الزوج ﴿حملاً﴾ فى بطن أمه صح كأن يقول زوّجتك هذا الحمل ثم يقبل الزوج بحضرة الشهود فإن هـذا النكاح يصح بشرط أن تأتى به لدون ستة أشهر من يوم العقد أو علم وجوده وأتت به لأربع سنين وأن لا تلد أنثيين ولو خرجت إحداهما ميتة، فأما لو قال زوّجتك ما تلد زوجتى وليست فى تلك الحال حاملاً لم يصح ذلك .

﴿ فإن ﴾ عرّف المرأة بوجهين من التعريفات التى تقدمت كالكبرى البيضاء و ﴿ تنافى التعريفان حكم بالأقوى ﴾ منهما ولنذكر الأضعف مثال ذلك أن يقول زوّجتك هذه الصغرى وهى الكبرى فيصح على الكبرى ويبطل قوله الصغرى وكذا

لوقال زوّجتك الكبرى زينب وهى فاطمة فإنه يصح النكاح على الكبرى ونحو ذلك. وأقوى التعريفات الإشارة ثم الوصف ومن الوصف : المتواطأ عليها ، ثم الاسم ، ثم اللقب ، ثم الكنية كما تقدم .

﴿١٤٣﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ ويصح ﴾ النكاح ﴿ موقوفاً حقيقة ﴾ نحو أن يزوج امرأة بالغة قبل مراضاتها فإن العقد يكون موقوفاً فإن أجازته بقول أو فعل يفيد التقرير، نفذ العقد وإن لم تجز بقى موقوفاً مع بقاء المتعاقدين والعقد حتى يرد . وسواء كان العاقد هو الولى أم أجنبى ثم أجازت هى والولى . وقبل أن ترضى لا نفقة لها ولا مهر ولا توارث بينهما ﴿ و ﴾ يصح موقوفاً ﴿ مجازاً ﴾ نحو أن يزوج غير الأب من الأولياء الصغيرة التى لم تبلغ فإن هذا موقوف مجازاً بمعنى أن للصغيرة متى بلغت نقضه مع أن أحكام النكاح الصحيح ثابتة فيه من حين العقد ﴿ وتخير الصغيرة ﴾ والمجنونة تخييراً ﴿ مضيقاً متى بلغت ﴾ إذا زوّجها غير أبيها صغيرة أو مجنونة كان لها الخيار متى بلغت أو عاد عقلها إن شاءت فسخت النكاح وسواء حضر شهود أم لا وإن لم تفسخ نفذ. قال فى البيان: ولا يحتاج فسخ الصغيرة إلى حكم حاكم بل يقع من دونه مع التراضى واتفاق المذهب وللزوج أن يرافع مع اختلاف المذهب فتحتاج إلى حكم حاكم لقطع الشجار بينهما. وأما الفسخ فقد وقع من حينه فتعتدّ من يوم الفسخ لا من يوم الحكم سواء كان مع التراضى أم مع التشاجر . وأما فى النكاح الفاسد وسائر العقود الفاسدة فلا بد فى فسخها من التراضى أو الحكم . وقوله مضيقاً : يعنى أن خيارها يكون مضيقاً بمعنى أنها إذا لم تفسخ فى مجلس بلوغها بطل خيارها بالتراخى ولكن لا يبطل خيارها بالتراخى إلا بشروط أربعة : ما لم تتركه خوفاً من ولى ونحوه ﴿الأول﴾ أن تراخى بعد بلوغها ﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ أن تراخى وقد ﴿ علمته ﴾ يعنى علمت البلوغ علماً شرعياً بشهادة

أو نحوها ويكفى الظن الغالب بأنها قد بلغت لأنه قد يلتبس عليها وذلك حيث تبلغ بالسنين فأما لو تراخت وفى ظنها أنها لم تبلغ فى الحال لم يبطل خيارها . ﴿ و ﴾ ﴿ الشرط ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أن تراخى وقد علمت ﴿ العقد ﴾ أى عقد النكاح فلو تراخت قبل أن تعلم بالعقد لم يبطل خيارها ﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أن تراخى وقد علمت ﴿ تجدد الخيار ﴾ لها فأما لو تراخت وهى ظانة أن لا خيار لها لم يبطل خيارها فإن اختل أىّ هذه الشروط لم يبطل خيارها .

﴿ إلا من زوّجها أبوها ﴾ أو وكيله لمعين فى صغرها فإنه لا خيار لها إذا بلغت لكن بشرطين: ﴿ أحدهما ﴾ أن يكون زوجها ﴿ كفواً ﴾ لها فى نسبه ودينه فأما لو زوجها غير كفو لها ثبت لها الخيار على التراخى إذا بلغت ﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون زوجها ممن ﴿ لا يعاف ﴾ فى عشرته فأما لو زوّجها أبوها من تعاف عشرته كالأجذم والأبرص والمجنون فإنها إذا بلغت ثبت لها الخيار عندنا على التراخى فإذا بلغت بالحيض ثبت لها الخيار بأول الحيض واستمر خيارها فى اليوم الأول والثانى والثالث ولا يبطل إلا إذا تراخت بعد الثلاثة لأنها قد تيقنت أن الثلاثة حيض بمجاوزتها .

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البيان : من زوّج قريبته البالغة من زيد ثم من عمرو وقبل اجازتها كان عقده بالآخر فسخاً للأول لأن العقد الموقوف كهذا وسائر العقود يصح فسخه من أى المتعاقدين وإن لم يكن فى وجه الأول لأنه لم يكن قد انبرم كما فى فسخ الصغيرة ﴿ وكذلك الصغير ﴾ من الذكور كالأنثى إذا عقد له ولى نكاحه بزوجة كما لو كان أنثى كان النكاح موقوفاً مجازاً كالصغيرة فتلحقه تلك الأحكام فيخير متى بلغ وعلم البلوغ وعلم العقد وعلم تجدد الخيار إلا من زوّجه أبوه فلا خيار له عند بلوغه إن زوجه كفوة لا تعاف وقبل البلوغ يجوز له الوطء وتجب النفقة فى ماله والميراث بينهما . وعلى الجملة فهو كالأنثى ﴿ فى الأصح ﴾ من المذهب ، قال فى البستان: « وفائدة الفسخ فى حق الصغير مع أن الطلاق بيده أنه إذا طلق كان تقريراً للعقد بخلاف الفسخ

فلو حلف لا أجاز لم يحنث إذا فسخ بخلاف ما لو طلق لأن الطلاق اجازة ﴿الثانى﴾ إذا لم يسَمّ مهراً لها أو سمى تسمية باطلة فبالفسخ لاشيء وبالطلاق تلزم المتعة إذا كان قبل الدخول ﴿الثالث﴾ انه إذا فسخ لم تحسب عليه طلقة » .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان : « ومن تزوج لابنه الصغير فالمهر على الصبى من ماله لا على الأب لأن مجرد العقد لا يكون ضمانة إلا أن يضمن به طولب به فإن سلّمه من مال ابنه صح وإن سلّمه من مال نفسه ولم ينو الرجوع قط لم يرجع به على الصبى وإن نوى الرجوع عند ما ضمن به أو عند تسليمه ولم ينو التبرع رجع على الصبى وإن نوى الرجوع عند الضمان ونوى التبرع عند التسليم لم يرجع وفى العكس يرجع ولا حكم لنية التبرع عند الضمانة لما نوى الرجوع عند التسليم » .

﴿ ويصدق مدعى البلوغ ﴾ أى إذا ادعى الصغير سواء كان ذكراً أم أنثى أنه قد بلغ قُبل قوله ولا يمين عليه إذا ادعى البلوغ ﴿ با ﴾ لمنى فى اليقظة أو ا ﴿ لاحتلام ﴾ ﴿ فقط ﴾ إلا إذا ادعى البلوغ بالإنبات أو بالسنين أو بالحيض فإنه لا يقبل قوله بل لابد من الشهادة ويكفى فى الحيض عدلة تشهد بخروج الدم من الرحم فى أول الحيض وآخره . وأما فى إنبات الرجل فعدلان ، وفى انبات المرأة عدلة فإذا لم توجد عدلة فعدلان. ولا يقبل قوله فى دعوى البلوغ بالمنى فى اليقظة أو الاحتلام إلا إذا قد صار ﴿ محتملاً ﴾ لذلك . واختلفوا فى المحتمل فالمذهب حيث يكون الذكر ابن عشر سنين والأنثى بنت تسع سنين . ومن نوزع فى مضى هذه المدة منذ وُلد فعليه البينة ثم يقبل قوله فى البلوغ بالمنى فى اليقظة أو الاحتلام .

﴿١٤٤﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ ومتى اتفق عقدا وليّين ﴾ أو أكثر أو ولى ووكيل أو وكيلين ﴿ مأذونين مستويين لشخصين فى وقت واحد أو أشكل ﴾ وقتهما ﴿ بطلا ﴾ أى بطل العقدان

معاً بهذه الشروط . قال الإمام عليه السلام : فقولنا وليين احتراز من أن يعقد وليها لشخص ، وأجنبي فضولى لشخص فإنه يصح عقـد الولى دون الأجنبي . وقولنا مأذونين احتراز من أن يعقد لها ولى قد أذنت له بأن ينكحها وأنكحها ولى آخر من شخص آخر فإنه يصح عقد الولى المأذون ويبطل عقد الآخر فإن كانا معاً غير مأذونين صح عقد من أجازت عقده فإن أجازت أحدهما غير معين بطلت الإجازة وإن أجازتهما معاً بطل العقدان كالمأذونين إلا أن يكون أحدهما صحيحًا والآخر فاسداً وأجازتهما فان الإجازة تلحق الصحيح منهما . وقولنا مستويين احتراز من أن يكون أحدهما أقرب فانه يصح عقد الأقرب ويبطل عقد الأبعد سواء تقدم أم تأخر ولو كانا معًا مأذونين .. وقولنا لشخصين لأنه لو كان العقدان من الوليين لشخص واحـد صح العقد الأول منهما والثانى لغو وإن عقدا له فى وقت واحد صحّا معًا لـكنه عقـد واحد فى التحقيق . وقولنا فى وقت واحد احتراز من أن يعقد الشخصان فى وقتين فإنه يصح عقد الأول . وقولنا أو أشكل يعنى لم يعرف هل وقعا فى وقت واحد أو فى وقتين ولم يقم أحدهما البينة فلو أقام أحدهما البينة قبلت .

فمتى اتفق عقدان بهذه الشروط الخمسة بطلا معًا ﴿ مطلقًا ﴾ أى سواء أقرت بسبق أحدهما أم لم تقر وسواء دخل بها أحدهما برضاها أم لم يدخل . قال الإمام عليه السلام : « وهكذا حكم الصغيرة إذا اتفق عقدا وليّيْها بطل العقدان بالشروط المذكورة إلا قولنا مأذونين فإنه لا معنى لإذن الصغيرة على الصحيح من المذهب .

﴿ وكذا إن علم ﴾ أن العقدين وقعا فى وقتين وعلم ﴿ الثانى ﴾ أى المتأخر ﴿ ثم التبس ﴾ أيهما هو فإنه يبطل العقدان معًا كالمسئلة الأولى ﴿ إلا ﴾ أن هذه الصورة تخالف المسئلة الأولى بحكم واحد وهو أنه يصح من المرأة تصحيح أحد العقدين فى هذه الصورة ﴿ لا قرارها ﴾ قبل موته ﴿ بسبق أحدهما أو دخول برضاها ﴾ فإنها إذا أقرت لأحد الشخصين قبل موته أن عقده هو السابق ولو بعد إقرارها باللبس فإنه

يصح عقده والعقد الثانى يبقى موقوفاً على البينة أو علم الحاكم أو النكول إن بيّن أو ثبت بعلم الحاكم أو النكول صح وإلا بطل .

﴿ فرع ﴾ قال فى البحر : وإن أقرت باتحاد الوقت أو أن كل واحد سابق بطلا أيضًا .

﴿ فرع ﴾ فلو أقرت لأحدهما بالتقدم والثانى دخل برضاها فالعبرة بما تقدم منهما كما فى الفتح فإن وقع الإقرار والدخول فى حالة واحدة فالحكم للدخول فإن تقدم الإقرار فلا حكم لرضاها بالدخول وكان زنى وإن تقدم الدخول بالرضى فلا حكم لإقرارها به فى الحال ويكون موقوفاً على بينونتها كما فى من أقرت بالزوجية لغير من هى تحته.

﴿ فرع ﴾ قال فى البحر : « ولا تسمع دعوى أحد الزوجين على الآخر ولا على الولى أنه السابق إذ لا شىء فى يد المدعى عليه : وأما الدعوى على الزوجة فتسمع وعليها اليمين للآخر إذ يكون إقرارها موقوفاً على بينونتها » .

﴿ فرع ﴾ قال العلامة على بن احمد بن ناصر الشجنى رحمه الله: « فلو علما إقرارها بسبق أحدهما أو دخول برضاها ثم ماتت والتبس من أقرت بسبقه بعد التباس من عقده المتقدم ثبت لهما فى مالها ميراث زوج واحد ويقسم بينهما بعد التحالف والنكول ويغلب فى حقهما جانب الحظر فى تحريم الأصول مطلقا وكذا فصولها حيث كان اللبس بعد الدخول برضاها ويثبت لها على كل واحد نصف مهر » .

﴿١٤٥﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ والمهر لازم للعقد لاشرط ﴾ هذا مذهبنا وهو قول أبى حنيفة والشافعى. وقوله لازم للعقد : يعنى أن العقد يقتضى المهر بشرط التسمية الصحيحة فى العقد الصحيح أو الدخول ولو كان العقد فاسداً فإذا وقع العقد مع التسمية أو الدخول لزم المهر ..

﴿ وإنما يمهر مال أو منفعة فى حكمه ﴾ جائزة مقدورة غير واجبة ولا محظورة ، أما المال

فظاهر فكل مايسمى مالا صح مهراً إذا بلغ عشرة دراهم هو أو قيمته يوم العقد وكان مما يصح تملكه . والمنفعة الجائزة التي في حكم المال نحو خدمة عبد أو حر أو سكنى دار مدة معلومة أو نحو ذلك مما تستحق عليه الأجرة . وأما المنفعة التي ليست في حكم المال فهي الأغراض نحو على أن لا يطأ أمته أو على أن يطلق فلانة فإن هذه المنفعة لا يصح جعلها مهراً .

﴿ ولو ﴾ تزوج أمته على ﴿ عتقها ﴾ صح النكاح وكان عتقها مهرها حيث كان قيمتها عشرة دراهم وإلا وفيت إن تم النكاح على العشرة الدراهم .. فإذا أراد ذلك قال قد جعلت عتقك مهرك وتقبل .. أو أنت حرة على أن يكون عتقك مهرك فإذا قبلت عتقت، ثم يقول إذا لم يكن لها ولي قد تزوجتك على ذلك . ولا يحتاج إلى قبول بعد ذلك لأن التاء تكفي، فإذا رضيت انعقد النكاح، ويكفي سكوتها بعد قوله تزوجتك إذا كانت بكراً ولو غير مكلفة وإن كانت ثيبًا فلا بد من النطق كما مر فإن امتنعت من النكاح بعد العتق لم تجبر عندنا وسعت في قيمتها يوم العتق . وكذا يصح لو قال أعتقتك على أن تزوجيني نفسك وتقبل ويكون عتقك مهرك ثم يقول قد تزوجتك . فأما لو قال أعتقتك وجعلت عتقك مهرك عتقت ولا يلزمها أن تسمى إن امتنعت من التزويج به وإذا خشي امتناعها بعد العتق فله أن يحتاط بما يخلصه من ذلك فيقول إن كان في معلوم الله أني إذا أعتقتك تزوجتك فأنت حرة على أن عتقك مهرك وتقبل ثم يقول قد تزوجتك .

والمهر لا بد أن يكون مالا أو منفعة ﴿ مما يساوي عشر قفال ﴾ فصاعداً فضة ﴿ خالصة ﴾ وهذا عندنا أقل المهر ولا حد لأكثره . والقفلة كالدرهم اثنان وأربعون شعيرة كما في الزكاة . وقدر المهر الشرعي من الريالات المتعامل بها الآن في اليمن ريال الأربعا وثلاث بقش تجاري وهو نصف عشر النصاب الشرعي في زكاة الفضة وهو ستة عشر ريالا إلا ربعا كما تقدم في الزكاة تفصيل ذلك وتحقيقه في فصل « ٨٤ »

﴿لا دونها ففاسدة﴾ أي إذا سمى دون عشرة دراهم مما له قيمة أو لا يتسامح بمثله فى المثلى فهى تسمية فاسدة ولا فاسدة غير هـذه بل إما صحيحة أو باطلة . فإن كان المسمى مما لا قيمة له فهى تسمية باطلة تستحق مهر المثل بالدخول ﴿فيكمل عشراً﴾ أى عشر فقال حيث رضيت مهما تستحق المرأة كمال المهر فى التسمية الصحيحة، وذلك حيث يدخل بها أو يخلو بها خلوة صحيحة أو يموت أحدهما ﴿وتنصف﴾ بعد التكميل فيلزم خمسة لو طلق قبل الدخول أو وقع فسخ من جهته أو من جهة غيرهما ولو بعـد خلوة فاسدة كالتسمية الصحيحة فإنها تنصف ﴿كما سيأتى﴾ تفصيل ذلك فى الفصل الذى يلى هذا .

﴿و﴾ يجوز ﴿لها فيه كل تصرف﴾ فيجوز لها بيعه وهبته والوصية به والنذر وجعله زكاة ووقفه وعتقه ونحو ذلك من التصرفات فى التسمية الصحيحة والعقد الصحيح ﴿ولو﴾ تصرفت فيه ﴿قبل القبض﴾ له ﴿و﴾ قبل ﴿الدخول﴾ لـكن هذا حيث يكون معيناً وكان مما يتعين . فأما إذا كان فى الذمة فحكمه حكم الدين فما صح فى الدين من التصرفات صح فيه وسيأتى بيان ذلك فى القرض بفصل عدد «٢٣٢».
﴿و﴾ يصح من الزوجة ﴿الإبراء﴾ لزوجها ﴿من﴾ المهر ﴿المسمى﴾ إذا كان دَيْنًا لا عيناً قيمياً أو مثلياً ﴿مطلقاً﴾ أى قبل الدخول وبعـده ﴿ومن غيره﴾ أى ومن غير المسمى فإنه لا يصح الإبراء منه إلا ﴿بعد الدخول﴾ بها لا قبله فلا يصح لأنها لا تملك شيئاً من المهر مع عـدم التسمية . ويعتبر فى صحة الإبراء من المهر أن يكون العقد صحيحاً والتسمية صحيحة .

﴿ثم إن طلق﴾ الزوج زوجته أو حصل فسخ من جهته فقط ﴿قبله﴾ أى قبل الدخول بعد أن أبرأت ﴿لزمها﴾ له ﴿مثل نصف المسمى﴾ لأن الإبراء كالقبض فكأنها قبضته ثم استهلكته فيلزمها له الغرامة وهى قيمة نصفه يوم العقد فى بلد العقد أو يوم التسمية إن تأخرت عن العقد ﴿ونحو ذلك﴾ يعنى نحو الإبراء من الاستهلاك لما سمى

كأن يسمى لها عبداً ثم أعتقته أو باعته أو وهبته لزوجها أولغيره ثم طلقها قبل الدخول فإنه يلزمها للزوج نصف قيمة العبد يوم العقد إن سمى فى ذلك الوقت وإلا فالعبرة بقيمته يوم التسمية . فلو أبرأته من نصف المهر ثم طلق قبل الدخول فلا شىء لها ولا عليها لأنها تستحق بالطلاق نصف المهر وقد أبرأته منه .

﴿ و ﴾ المهر المعين ﴿ فى رده بالرؤية ﴾ وكذا سائر الخيارات ﴿ والعيب اليسير ﴾ وهو هنا ما ينقص القيمة ﴿ خلاف ﴾ بين العلماء ، يعنى هل للمرأة أن ترد مهرها بذلك أم لا ؟ . أما الرؤية فالمختار للمذهب أن لها ردّه بخيار الرؤية وتلزم قيمة المسمى يوم العقد لأنها قد رضيت به وإلا فيوم التسمية . وفى خيار الشرط ترجع إلى مهر المثل فتستحقه بالدخول . وأما العيب فلا خلاف أن لها أن ترده بالفاحش وهو ما لا يتغابن الناس بمثله وأما اليسير فمذهبنا أن لها أن ترده به وترجع إلى قيمته يوم العقد غير معيب فإن اختلفت القيم أو اختلف المقوّمون فالأول يرجع إلى الأقل من القيمتين وذلك حيث قوّم كل واحـــد بقيمتين . والثانى يرجع إلى الأكثر لأن المقوم بالأكثر كالشهادة الخارجة فتثبت له دعوى الزيادة .

﴿ وإذا تعذر ﴾ تسليم المهر الذى قد سمى ﴿ أو استحق ﴾ للغير بالبينة والحكم أو علم الحاكم ﴿ فقيمته ﴾ تلزم يوم العقد فى بلد العقد أومثله إن كان مثلياً ﴿ منفعة كان ﴾ المتعذر أو المستحق ﴿ أوعيناً ﴾ للغير : مثال تعذُّر المنفعة أن يجعل مهرها عمل ثور أو سكنى دار أو استغلال أرض أو نحو ذلك سنة فمات الثور أو خربت الدار أو نسفت الأرض ولو بجنايتها قبل الانتفاع فإن الواجب لها قيمة هـذه المنفعة وهى قدر أجرة عمل الثور ونحوه السنة المستحقة . ومثال استحقاق المنفعة أن يكون هذا الثور الذى أصـدقها عمله مملوكاً لغيره فإن الواجب لها حينئذ قيمة عمله وهى قدر أجرة المدة المقدرة يوم العقد . ومثال تعذر العين أن يصدقها حصاناً معيناً فيموت الحصان قبل أن يسلمه إليهـا فالواجب لها حينئذ قيمة الحصان يوم العقد . ومثال استحقاقه أن

يكون مملوكاً لغيره . وهكذا إذا تعذر بعض المهر أو استحق لزمه قيمة القدر المتعذر يوم العقد فقط فإن تعيب به الباقى ثبت لها الخيار ما لم يتعيّب بفعلها فلا خيار لها .

﴿١٤٦﴾ ﴿فصـــل﴾

﴿ ومن سمى مهراً تسمية صحيحة ﴾ فى عقد صحيح ﴿ أو ﴾ كانت التسمية ﴿ فى حكمها ﴾ يعنى فى حكم التسمية الصحيحة فحكمها واحد : أما التسمية فهى أن يسمى لها شيئاً يملكانه ويجوز لها التصرف فيه بالبيع والهبة ونحوها . وكذا منفعة داره أو على أن يخدمها هو أو غيره مدة معلومة فهذه كلها تسمية صحيحة إذا كانت التسمية تساوى عشر مثقال . وأما التى فى حكم الصحيحة فهى أن يسمى مالاً أو منفعة يصح أن يملكهما فى حال لكن ليس له فى الحال التصرف فيهما بعينهما كالوقف والمكاتب والمدبر وأم الولد وملك غيره فتستحق المرأة قيمة هذه الأشياء يوم العقد فى بلده سواء كان مهر المثل معلوما أم لا وحيث سمى لها ملك الغير فلا فرق بين علمهما بأنه للغير وجهلهما فى أنها تستحق قيمته إذا لم يجز مالكه . فإن أجاز استحقته بعينه ويستحق صاحبه قيمته يوم العقد على الزوج .. فإن عجز المكاتب فرجع فى الرق فقال المؤيد بالله ـ وهو المذهب ـ أنها تستحقه بعينه وهكذا إذا سمى لها ملك الغير ثم ملكه بإرث أو شراء أو غيرهما فمن سمى مهراً تسمية صحيحة أو فى حكمها ﴿ لزمه ﴾ ذلك المسمى ﴿ كاملاً ﴾ إن كان باقياً أو قيمته للتعذر كما تقدم. لكن إنما تستحقه بأحد أمور ثلاثة ﴿ الأول ﴾ ﴿ بموتهما أو أحدهما بأى سبب ﴾ إذا كان العقد صحيحاً والتسمية صحيحة أو كانت دون عشرة دراهم فتكمل سواء كان موتهما أو أحدهما بأمر سماوى أو بجناية من غيرها أو من بعضهما على بعض أم من الميت على نفسه بأن قتل نفسه . ففى هذه الوجوه تستحق الزوجة كمال المهر المسمى سواء كانت حرة أم أمة .

﴿ الأمر الثانى ﴾ قوله : ﴿ وبدخول ﴾ والمراد به الوطء ولو فى الدبر من الصالح

للجماع فى الصالحة له . وأقله مايوجب الغسل فى الثيب وفى البكر ما يذهب البكارة ولو مع مانع شرعى وهو يوجب كمال المسمى فى الصحيح لافى الفاسد فتستحق الأقل من المسمى ومهر المثل مع الدخول فقط . قال فى البيان : « وللدخول أحكام عشرة وهى: كمال المهر فى التسمية الصحيحة وإلا فمهر المثل فى الفاسد فيهما . ووجوب العدة . وثبوت الأحصان، والأحلال، وتثمر الرجعة لوطلق بعده ، وتكون رجعة ، ويوجب الثيوبة ، ويفسد الحج ، ويوجب الدم فيه ، وتحرم الربيبة » .

﴿والأمر الثالث﴾ قوله ﴿ أو خلوة ﴾ صحيحة فى نكاح صحيح فإن كانت فاسدة لم توجب كمال المهر ولو مع الاستمتاع . وإن كانت الخلوة صحيحة فالمذهب أنها توجب كمال المهر ﴿ إلا ﴾ أن يخلو بها ﴿مع﴾ حصول ﴿مانع﴾ من الوطء ﴿ شرعى ﴾ يعنى أن الشرع يمنعه من جواز الوطء عند حصوله ﴿ كمسجد ﴾ تحصل الخلوة فيه فإن الخلوة تكون فاسدة مع علمها أو الزوج أنه مسجد أما لو جهلا فالخلوة صحيحة . وهكذا لو خلا بها وهى حائض أو أحدهما محرم ولو نفلاً أو صائم صوماً واجباً غير مرخص ، أو حضر معهما غيرهما ممن بلغ الفطنة وإذا كان كبيراً فلا فرق بين أن يكون يقظاناً أو نائماً إذا ظن الزوج أنه يستيقظ : أما لو اختلفا فى الخلوة فالبينة على مدعيها وإن اختلفا فى صحتها فالبينة على مدعى فسادها وإذا اذهبت بكارتها بغير الوطء فى خلوة فاسدة ثم طلقها فلاشىء لأجل الخلوة ويجب مهرمثلها لأجل الجناية ويلزم مع ذلك نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول .. ﴿ أو ﴾ خلا بها مع حصول مانع ﴿ عقلى ﴾ أى يقضى العقل بأنه يمنع من الوطء مع حصوله فإن الخلوة تكون فاسدة ، مثال العقلى أن تكون مريضة على صفة لا يمكن تحرك الداعى إليها أو صغيرة لاتصلح له أو تمنع نفسها وهو غير قادر على إكراهها وتصادقا على المنع لأن الأصل عدمه أو كان ثمة قرينة تدل على صدق دعواه أو قامت شهادة على إقرارها أنها منعت ، أو هو مريض أو صغير كذلك ، والجذام والبرص والجنون فى حقهما . وفى حقها القَرْنُ، والرَّتَقُ، والعَفَل ، وفى حقه : الجَبُّ،

والخصى ، والسَلّ ، لـكن المانع العقلى والشرعى معاً لا تفسد به الخلوة إلا إذا كانَ حاصلاً ﴿ فيهما ﴾ أى فى الزوج والزوجة نحو أن يكونا صائمين معاً أو مريضين معاً أو صغيرين معاً على وجه لا يمكن معه الوطء أو أبرصين أو نحو ذلك .

﴿ أو ﴾ كان حاصلاً ﴿ فيها ﴾ وحدها شىء من ذلك فإن ذلك مانع من صحة الخلوة ﴿مطلقا﴾ أى سواء كان المانع مما يرجى زواله فى العادة كالمرض والصغر أم مما لا يرجى زواله كالجذام والجنون فإنها تفسد به الخلوة حيث يكون حاصلاً فيهما معاً أو فيها وحدها ﴿ أو ﴾ كان ذلك المانع حاصلاً ﴿ فيه ﴾ وحده وهو مما ﴿ يزول ﴾ فى العادة كالمرض والصغر والصوم الواجب والإحرام فإن ذلك يمنع من صحة الخلوة . وأما إذا كان مما لا ينتظر زواله فى العادة وهو فى الزوج فقط كالجذام والبرص ، والجنون المطبق والخصى والسلّ فإن خلوته تكون حينئذ صحيحة توجب كمال المهر وهكذا خلوة المستأصَل توجب كمال المهر .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ نصفه فقط ﴾ يعنى نصف المسمى ﴿ بطلاق أو ﴾ أمر ﴿ فاسخ ﴾ إن حصل الطلاق أو الفسخ ﴿ قبل ذلك ﴾ أى قبل الدخول والخلوة الصحيحة فإذا طلق أو فسخ قبل الدخول والخلوة الصحيحة لزمه نصف المسمى حيث التسمية صحيحة أو فى حكمها فى عقد صحيح لـكن لا يجب نصف المهر بالفسخ إلا إذا كان الأمر الفاسخ ﴿من جهته فقط﴾ أى من جهة الزوج وحده . وذلك نحو أن يرتد عن الإسلام أو يتزوجها وهما كافران ثم يسلم وحـده ﴿ لا ﴾ إذا حصل الفسخ ﴿ من جهتهما ﴾ معاً نحو أن يكون فى كل واحد منهما عيب فيفسخ كل واحد منهما صاحبه أو يتجدد الرق عليهما معاً فى وقت واحـد أو يرتدّا معاً فى وقت واحد إلى ملتين مختلفتين أو يرضعان من امرأة فى حالة واحدة .

﴿ أو ﴾ إذا حصل الفسخ من ﴿ جهتها ﴾ وحدها ﴿ فقط حقيقة ﴾ نحو أن ترتد وحدها أو تسلم وحدها أو ترضع امرأة زوجها الصغيرة ولو محسنة أو ترضع زوجها

الصغير أو تعتق فتفسخ نكاحه أو تفسخ زوجها بعيبه ﴿ أو حكما ﴾ نحو أن تشترى زوجها أو بعضه أو يشتريها أو بعضها أو يفسخها زوجها بعيب فيها ﴿ فلا شيء ﴾ لها من المهر فى هذه الصور كلها أعنى حيث حصل الفسخ من جهتهما جميعاً أو من جهتها حقيقة أو حكما .

﴿ مسئلة ﴾ من تزوّج امرأة ولم يفرض لها مهراً ثم فرضه الزوجان أو الزوج ووكيل الزوجة الكبيرة أو غيره وأجازت وكان الفرض قبل الدخول صحت التسمية وكان المهر هو المسمى فلو طلقها قبل الدخول استحقت نصف المسمى فلو زاد على المسمى شيئاً معلوماً بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول نصّفت الزيادة .

﴿ ومن لم يُسَمّ ﴾ لزوجته مهراً رأساً بل عقد النكاح من دون ذكر مهر أو سمى ونسى ﴿ أو سمى تسمية باطلة ﴾ نحو أن يجعل مهر المسلمة خمراً أو خنزيراً أو ميتة أو دمًا أو حراً أو قتل من لا يستحق عليه القتل أو سمى شيئًا مجهولا جهالة كلية نحو أن يقول على حكمك أو حكمى أو على ما أكتسبه فى هذه السنة أو نحو ذلك فان هذه التسمية باطلة وجودها كعدمها .

فأما لو كانا ذميين[1] صحت تسمية الخمر والخنزير فى حقهما فإن أسلمت أو هما وقد قبضته فلا شيء لها ، وإن لم تقبضه وجب لها قيمته ، أما إذا أسلما معًا ولم يسم فلها مهر مثلها من المسلمين الذين أسلموا بعد كفر إن وُطئت مسلمة أو من الذميين إن وُطئت ذمية . فإن كان مهر مثلها من الذميين خمراً أو خنزيراً كان لها قيمته يوم العقد ويقوّمه من يعرفه من أهل العدالة فاسقان قد تابا أو كافران قد أسلما. وأما إذا أسلمت دونه لم

---

(١) « تنبيه » إذا تحاكم إلينا أهل الذمة لم نحكم بينهم إلا بما صح فى شريعتنا ويجبر الممتنع عن الحضور ويحكم بينهما بشريعتنا وكذا إذا استفتونا على جهة الإطلاق لم نفتهم إلا بشريعتنا فان استفتونا عن شريعتهم جاز أن نفتيهم عنها بعد صحتها لدينا . وإذا أراد الذمى المحاكمة لذمى إلى حاكمهم فمنع وطلب منا إجباره فلا يجبر ولو وافقوا الإسلام . اهـ .

يستقم أن يقال لها مهر مثلها من المسلمين بل مثلها من الذميين لأن العقد والدخول وقعا فى حال الكفر . وأما إذا أسلم الزوج دونها فيجب لها المعين يحمله إليها وقيمة غير المعين .

فمن لم يسمّ أو سمى تسمية باطلة كما مر ﴿ لزمه بالوطء فقط ﴾ ولو فى الدبر ﴿ مهر مثلها ﴾ يوم العقد ولا يلزمه بالخلوة الصحيحة . وإنما يرجع إلى مهر مثلها إن لم تكن قد تزوّجت فان كانت قد تقدم لها زواج فالرجوع إلى مهرها الأول أولى إذا كانت ثيبًا أو كانت عادتهم لا يفرقون فان كان عادتهم يزيدون للبكر سقطت الزيادة أى فينقصون فى حق الثيب النصف من مهر البكر كما هى عادة اليمن الميمون . وهذا إذا اتفقت المهور التى تزوّجت بها فإن اختلفت فالمذهب أنه يعمل بالأدنى فى الاثنين وبالأوسط فى الثلاثة وبالأقل من المتوسطين فى الأربعة .

فإن لم تكن قد تزوّجت استحقت مهر مثلها ﴿ فى صفاتها ﴾ وقت العقد وهى النسب والمنصب والجمال والعقل والدين والأدب والصغر والبكارة والمال والبلد والصناعة والقراءة والكتابة وحسن تدبيرى المعيشة والمنزل، هذا إذا اختلفت العادة بهذه الصفات أو غيرها بحسب العرف . وحيث يسمحون للأقارب ويغالون للأجانب يعمل بمقتضى ذلك وكذا فى التأجيل والتعجيل والنقود والعروض .

﴿ نعم ﴾ وإنما يرجع إلى مهر مثلها من قراباتها اللاتى ﴿ من قِبَل أبيها ﴾ فى بلدها فتعطى مثل مهر أختها فإن لم يكن لها أخوات ولا بنات اخوة فمهر عماتها ثم بنات عماتها كذلك . ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن لها قرائب من قبل أبيها أو لم يكن قد تزوّج منهن أحد أو عدمت المشابهة لها منهن أو التبس الحال رجع إلى مهر مثلها من قراباتها اللاتى من قِبَل ﴿ أمها ﴾ فتعطى مثل مهر أمها ما لم تكن وضيعة ثم أختها لأمها ثم خالاتها ثم بنات خالاتها لا بنات أخوالها .. قال الإمام عليه السلام : وهذا إذا لم تكن أختها لأمها وضيعة من جهة الأب فأما إذا كانت وضيعة وأبو هذه البكر

رفيع لم يعمل بمهر أختها وكذلك الخالات بل يرجع إلى نساء بلدها .

﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن لها قرائب من جهة الأم أيضا ولم يكنّ قد تزوّجن أو كنّ وضيعات من جهة الأب بخلاف منصبها رجع إلى مهر مثلها فى صفاتها من نساء ﴿ بلدها ﴾ الذى نشأت فيه والتقطت فيه اللغة . فإن فاقت فى الحسن زيد لها وإن نقصت نقص على ما يراه الحاكم . وإذا تزوّج نساء بلدها قبلها وبعدها فيؤخذ بمهر من تزوّج قبلها فإن تزوّجن بعدها فيؤخذ بمهرهن إن لم تجعل الزيادة حيلة أو رغبة .

﴿ و ﴾ مهر المثل ﴿ للأمة عشر قيمتها ﴾ يوم الدخول ولو كثرت بكراً أو ثيبًا إذا لم يسمّ لها مهراً أو سمى تسمية باطلة ولو كان مهر مثلها معلومًا فإن قصر عشر قيمتها عن عشرة دراهم كمل عشرة ﴿ و ﴾ إذا لم يسمّ للزوجة مهراً حرة كانت أو أمة أو سمى تسمية باطلة ثم طلقها قبل الدخول فإنه يلزمه لها ﴿ بالطلاق ﴾ ولو بعد الخلوة سواء كان النكاح صحيحًا أو فاسداً ﴿ المتعة ﴾ وهى عندنا كسوة مثلها ولو صغيرة من مثله . قال فى الانتصار : ولا يجاوز بالمتعة نصف مهر المثل .

﴿ و ﴾ إذا تزوّجها ولم يسمّ لها مهراً أو سمى تسمية باطلة ثم مات قبل الدخول فإنه ﴿ لاشىء ﴾ لها ﴿ بالموت إلا ﴾ نفقة العدّة وكسوتها و ﴿ الميراث ﴾ ولا تستحق مهراً ولا متعة ﴿ و ﴾ إذا لم يسمّ لها مهراً أو سمى تسمية باطلة ثم فسخ النكاح قبل الدخول فإنها ﴿ لا ﴾ تستحق ﴿ بالفسخ ﴾ شيئا ﴿ مطلقا ﴾ أى لا مهر لها ولا متعة ولا ميراث إذا مات بعد الفسخ وسواء كان الفسخ بالحكم أم بالتراضى وسواء كان الفسخ من جهته أم من جهتها أم من جهتهما .

﴿١٤٧﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ و ﴾ إذا سمى للمرأة مهراً أو ذكر معه زيادة فإنها ﴿ تستحق كل ما ذكر فى العقد ﴾

من جملة مهرها ﴿ولو﴾ كانت الزيادة مذكورة ﴿لغيرها﴾ نحو أن يقول الولى زوّجتك بألف درهم لها وزيادة مائة لى أو نحو ذلك فإن المائة تكون مستحقة للزوجة هـذا مذهبنا. وقوله كل ماذكر فى العقد : احتراز مما ذكر للولى قبله فليس لها ولا يطيب للولى أيضًا ﴿ أو بعده ﴾ أى وتستحق الزيادة إذا ذكرت بعـد العقد سواء ذكرت أنها لها أم أطلق فإنها ﴿ لها ﴾ نحو أن يقول بعد انقضاء العقد وقد زدت لها أو يطلق فيقول وقد زدت ماهو كيت. وكيت فأما إذا كان مذكوراً لغيرها نحو أن يقول بعد انقضاء العقد وقد جعلت لوليّها ما هو كيت وكيت لم تستحقه المرأة وإنما يكون لمن سمّاه من الولى أو غيره ويكون له حكم ما وقع من هبـة أو نذر أو إباحة إن لم يقرنه مايحرمه كأن يمتنع بعد رضائها عن التزويج إلا بذلك لأنه حينئذ رشوة فى مقابلة واجب .

﴿ فرع ﴾ وأما ما يعتاده الناس من إعطاء الزوجة ليلة البناء عليها ويسمى « الصباح » وفى بعض جهات « الرضوى » فإنها تملكه لأنه زيادة فى المهر فلو لم يسمّ لها شيئًا لزمه قدر ما جرى به العرف من مثله لمثلها إذ قد صيّره العرف لازمًا . وأما ما يسلم الزوج من الكسوة والحلية ليلة البناء عليها ـ أى الدخول ـ فعلى حسب العرف فى صنعاء وذمار ونحوهما من المدن والجهات الجبلية ليس للزوجة فيه ملك بل هو باق بملك الزوج وكذا كل ماأعطى من ذلك ، فإذا طلقها أرجعت ذلك له . وفى تهامة يكون للمرأة كالمهر بل قد تكون الكسوة والحلية هى المهر فلا ترجع شيئًا من ذلك إذا طلقها .. وهذا إذا لم يكن ثمة شرط فإن كان فالعمل به إذ الشرط أملك

﴿ ويكفى فى ﴾ جعل الأرض مهراً سواء كانت من ﴿ المراز ﴾ وهى الأرض التى يزرع فيها الأرز أو غيرها من الأرضين ﴿ ذكر القدر والناحية ﴾ وهى البلد ومايتسب إليها فيما حواه البريد . فيقول مثلا قد أمهرتها عشرة أذرع فى أوطان ناحيـة كذا أو نحو ذلك فهذا كاف ولا يحتاج إلى ذكر الحدود ولا أن يشير إلى المزرعة التى فيها تلك الأرض حيث لاتختلف الأرض اختلافاً كلياً بل يصح من دون إشارة . وتأخذ

من أوسط ما يملك فى تلك البلد وإن لم يملك فيها شيئا فقيمة الوسط منها إذا تعذر الوسط بعينه . ﴿ و ﴾ يكفى ﴿ فى غيرها ﴾ أى غير الأرض من الثياب والحيوان وغيرهما ذكر ﴿ الجنس ﴾ أو النوع ولا يحتاج فى الثوب إلى ذكر القدر ولو كان فى البلد أجناس لأنه ينصرف إلى الغالب منها ما لم تختلف فى القدر ولا غالب فلا بد مع ذكر الجنس أو النوع من ذكر القدر . ولهذا يكفى أن يتزوجها على ثوب إذا كان فى البلد جنس أو أجناس وثمة غالب فينصرف إليه، ولا يكفى حيث لا غالب بل لا بد من ذكر الجنس فيقول على ثوب قطن أو ثوب حرير ، وكذا فى الحيوان لا يكفى أن يقول على حيوان لأن الحيوانات أجناس بل لا بد من ذكر الجنس نحو على فرس أو بقرة أو ناقة أو نحو ذلك ﴿ فيلزم الوسط ﴾ من ذكر الجنس ويؤخذ من الوسط أوسطه فإن لم يكن فى الناحية وسط بل أعلى وأدنى فالأدنى، فإن وجد الوسط بعد تسليم الأدنى فلا عبرة به .

﴿ مسئلة ﴾ ومن تزوج صغيرة على قميص غير معيّن قدره فطلبته منه وقد صارت كبيرة فإن كان مما يراد به التجمّل فقميص كبيرة وإن كان مما يراد به الابتذال فقميص صغيرة إذ هو اللازم وقت العقد .

ومن التسمية الفاسدة مالها حكم بين الصحيحة والباطلة ﴿ و ﴾ هو ﴿ ما سمى بتخيير ﴾ كهذا أو هذا ولم يوقت خيار لأحد الزوجين إذ لو جعل لأحدهما خيار لوقت معلوم فالتسمية صحيحة كما يأتى فى البيع ﴿ تعين ﴾ بالدخول فقط ﴿ الأقرب ﴾ منهما ﴿ إلى مهر المثل ﴾ ولو نقص عنه فإنها قد رضيت بالنقص نحو أن يقول تزوجتك على هذا أو هذا فإنها تستحق ما قيمته أقرب إلى قدر مهر المثل نحو أن يكون مهر مثلها مائة دينار وأحد الشيئين قيمته خمسون ديناراً والآخر قيمته ستون ديناراً فإنها تستحق الذى قيمته ستون لأنه الأقرب إلى قدر مهر المثل. والوجه أن هذه التسمية باطلة لجهل مدة التخيير لأحدهما فاستحقت مهر المثل لكنها قد رضيت بالنقصان فأعطيت ما هو

أقرب إلى مهر مثلها ﴿ غالباً ﴾ يحترز من أن يكون أحد الشيئين قيمته فوق مهر المثل والآخر دونه كأن يكون قيمة أحدهما مائة وعشرة والآخر تسعين ومهر المثل مائة فالأدون هو الذى تستحقه ولكن توفّى هنا إلى مهر المثل فيزاد لها عشرة ، وهذا فى حق المكلفة وإلا فمهر المثل إذا كان المزوِّج لها غير أبيها . فان طلق قبل الدخول فالمتعة لها فقط ولا شيء بالفسخ . ﴿ وحاصل المسألة ﴾ أن الشيئين إما أن تستوى قيمتهما أو يتفاضلا فإن استويا فى القيمة استحقت أحدهما فقط سواء كان كل واحد منهما فوق مهر المثل أم مثله والخيار إلى الزوج . أما إذا تفاضلا فان كان كل واحد منهما فوق مهر المثل أو الأدنى قدر مهر المثل استحقت الأدنى لأنه الأقرب إلى مهر المثل ، وإن كان كل واحد منهما أدنى من مهر المثل استحقت الأعلى لأنه الأقرب إلى مهر المثل وإن كان أحدهما دون مهر المثل والآخر فوقه أخذت الأدنى ووفّاها مانقص من مهر المثل .

﴿ و ﴾ أما إذا سمى جملاً وجملاً أو نحوهما ﴿ بجمع ﴾ لا بتخيير نحو أن يقول تزوجتها بهذا الجمل وهذا الجمل ونحو ذلك ﴿ تعين ﴾ ما سمى جميعاً ﴿ وإن تعدى ﴾ ذلك المجموع ﴿ مهر المثل ﴾ استحقته .

﴿ و ﴾ يصح ﴿ من مريض ﴾ أن يتزوج بزائد على مهر المثل إن ﴿ لم يتمكن ﴾ من الزواج ﴿ بدونه ﴾ أى بدون ذلك الزائد على مهر المثل . فأما إذا تمكن من استنكاح هذه المعينة بمهر مثلها لم يجز له الزيادة عليه إلا من الثلث حيث له وارث وأما مهر المثل فليس بمحاباة وكذا الزائد عليه إذا لم يتمكن بدونه . ومن التسمية التى لها حكم بين الصحيحة والباطلة ما لا يصح جعله أو بعضه مهراً كأن يمهرها عبداً فانكشف حراً أوعبدين فانكشف أحدهما حراً وهو المراد بقوله ﴿فان بطل﴾ المسمى ﴿ أو بعضه ولو ﴾ كان ذلك البعض الذى بطل ﴿غرضاً﴾ لها لا مالا نحو أن يتزوجها على عبد وعلى طلاق فلانة فأعطاها العبد ولم يطلق فلانة فانه إذا اتفق شيء من

هاتين المسئلتين أو الأربع الآتية ﴿ وفِّيت مهر المثل ﴾ لأن التسمية انكشفت أنها باطلة فاذا بطل كله أعطاها مهر مثلها من جنس مهر المثل وصفته أو غيره مع التراضى وإن بطل البعض كأحد العبدين انكشف حرًّا مع جهلها بحريته وفِّيت على جهة التراضى — مع العبد الباقى — مهر المثل إن نقص عنه وإذا لم يدخل بها مع هذه التسمية فلها المتعة فقط مع الطلاق .. أما لو علمت بحرية الآخر فانها لا تستحق إلا العبد لأن التسمية صحيحة حيث كانت قيمة العبد عشر قفال فصاعدا .

﴿ المسئلة الأولى ﴾ من المسائل الأربع التى تستحق توفية مهر المثل قوله ﴿ كصغيرة ﴾ أو مجنونة ﴿ سمى لها ﴾ وليها وهو ﴿ غير أبيها دونه ﴾ أى دون مهر المثل فانها توفّى مهر المثل، فاذا كان المزوج لها أبوها أو وكيله بمين لم تستحق توفية

﴿ المسئلة الثانية ﴾ قوله ﴿ أو كبيرة ﴾ سمى لها ولى نكاحها دون مهر المثل ﴿ بدون رضاها ﴾ أى لم ترض بالتسمية فأما النكاح فقد كانت أذنت به فانها تستحق أن توفى مهر المثل ﴿ ولو ﴾ كان ﴿ أبوها ﴾ هو المسمى لها فان لها أن تعترض وأما لو رضيت بدون مهر المثل جاز ذلك ولم يكن للأولياء الاعتراض عندنا إذ ليس عليهم فى ذلك غضاضة .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ زوّجها وليها ﴿ بدون ما ﴾ قد كانت ﴿ رضيت به ﴾ من المهر ولو يسيراً فإنها تستحق أن توفى مهر المثل كالوكيل المعين له الثمن فينقلب فضوليًا بمخالفة ماعيّن وإن قل، وسواء كان المزوّج لها أباها أو غيره . فلو أمرت الولى أن يعقد بمائتين فعقد بمائة وخمسين ومهر المثل مائة فانها قبل الاجازة تستحق المائة فقط وبعدها تستحق التتميم إلى مائة وخمسين .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ أذنت بالنقص من مهر المثل إذا زوّجها فلاناً وأمرت أن لاينقص لغيره فنقص وليها ﴿ لغير من أذنت لو بالنقص له ﴾ فانها تستحق أن يوفيها الزوج مهر المثل ولا تستحق أن توفى مهر المثل إلا ﴿ مع الوطء فى الـكل ﴾

من المسائل الست وهى قوله فان بطل أو بعضه إلى هنا، فان وطئها لزمه أن يوفيها مهر المثل فأما إذا لم يكن قد حصل وطء لم تستحق فى جميعها شيئا إلا المتعة مع الطلاق . وعقد النكاح فى جميع هذه الصور نافذ ويبقى المهر موقوفاً على إجازتها فإذا أجازت بعد الدخول لم تستحق إلا المسمى لأن لزوم مهر المثل كالمشروط بأن لا تجيز والإجازة تنعطف إلى وقت العقد .

﴿ قيل و ﴾ هذه المسائل الأربع عقد ﴿ النكاح فيها موقوف ﴾ القائل هوصاحب البيان حكى ذلك عن كتاب التخريجات . ومعناه أن النكاح غير نافذ فى مسئلة الصغيرة العاقد لها غير أبيها بدون مهر المثل ومسئلة الكبيرة التى أذنت بالعقد ولم يذكر المهر وعقد لها بدون مهر المثل ومسئلة من عقد لها بناقص على مهر المثل لغير من أذنت له فالعقد فى هذه المسائل الأربع موقوف ﴿ لا ينفذ إلا بإجازة العقد ﴾ ولو قد حصل الإذن من قبل لكنه لما خالف فى حق الكبيرة المهر إما مهر المثل أو دون ما رضيت به أو لغير من أذنت بالنقص له انقلب فضولياً وعقد الفضولى لا ينفذ إلا بالإجازة من بعد وإلا فهو كلا عقد، فتستحق المسمى إن أجازت، ويكون إجازة للعقد والمهر معاً، وإن وقع الدخول مع الجهل قبل الإجازة استحقت مهر المثل ولا حكم لذلك العقد فتفسخه من بعد يعنى تردّه إلى أن تخير من بعد فيلزم لها المسمى إلا أن تشرط كون المهر كذا ورضى الزوج لزم وإلا فلها الفسخ ولو كان قد دخل . قال الإمام عليه السلام: ذكر صاحب البيان هذا الحكم فى مسئلة من زوّجت بدون ما رضيت به فأقسنا المسائل الثلاث الأخر عليها إذ هى لا تفارقها فيكون الحكم واحداً فى الكل وهو كون النكاح موقوفاً لا ينفذ إلا بالإجازة ولو حصل دخول . وكان الإمام عليه السلام يقوّى هذا وإنما أتى بقيل لغرابة قائله لا لتضعيفه والصحيح أن النكاح قد انبرم فى جميع هذه المسائل الأربع لحصول الإذن به وإن خولف فى قدر مهر المثل أو قدر ما رضيت به أو لغير من أذنت بالنقص له إذ لا تلازم بين كون المسمى موقوفاً على الإجازة وكون

المقد يكون كذلك بل قد وقع العقد بالإذن به وكانت التسمية باطلة يرجع فيها إلى مهر المثل بالدخول وليس أبلغ مما لم يسمّ رأسًا مع صحة العقد بذلك .

ولا ينفذ العقد الموقوف بالإجازة إلا إذا كان فعل الإجازة ﴿ غير مشروط بكون المهر كذا ﴾ فأما إذا كان فعل الإجازة مشروطا لم تصح الإجازة حتى يثبت الشرط . مثال ذلك أن تقول المرأة أجزت العقد بشرط أن يكون المهر كذا فانه لا ينفذ العقد بإجازتها إلا إذا كان ذلك المسمى مثل ماذكرت ولو فوق مهر المثل فان كان مخالفًا لذلك لم ينفذ العقد بهذه الإجازة ولا يبطل لأن العقد الموقوف لا يبطل بمجرد الامتناع من الإجازة وإنما يبطل بالرد أو بجرى عرف أن الامتناع رد ، وهذا الشرط ليس برد وإنما هو امتناع من الإجازة فيعرض ما رسمت من المهرَ على الزوج فان التزمه لها نفذ ذلك العقد الموقوف وإن لم يلتزمه بل رد ذلك بطل العقد بمجرد الرد .

﴿ و ﴾ لو عقد الرجل لابنه البالغ أو بنته البالغة وسمى لزوجة ابنه فوق مهر المثل ولابنته دونه ولم يؤذن بالعقد والتسمية فقالا أجزنا عقد النكاح لاالمهر المسمى أو كل واحد قال كذلك كان قولهما لا المهر ﴿ كالشرط ﴾ أى يجرى قولهما ﴿ أجزنا العقد لا المهر ﴾ مجرى قولهما أجزنا العقد بشرط كون المهر كذا فلا ينفذ عقد النكاح حينئذ بهذه الإجازة بل يعرض ما يرسمانه من المهر فان رضى به الآخر نفذ العقد وإلا بقى موقوفاً على الإجازة حيث لم يحصل رد فأما إذا أجازا العقد والمهر صح ذلك فان أجازا النكاح وسكتا عن المهر فمع علمهما بما سمى يصح أيضا ومع جهلهما به يبقى موقوفا على إجازتهما .

﴿ و ﴾ لو علمت المرأة بالعقد وما سمى لها فيه فلم يصدر منها لفظ إجازة لكن مكّنت الزوج من نفسها كان تمكينها له ﴿ كالإجازة ﴾ للعقد والمهر معًا حيث وقع ﴿ التمكين ﴾ بالوطء أو أى مقدماته ﴿ بعد العلم ﴾ بالعقد والتسمية .. فأما لو جهلت العقد لم يكن التمكين إجازة وتحد ان مكنته من نفسها لأنها زانية مالم تلحق منها

الإجازة بعد أن تعلم فيسقط الحد للشبهة وهو تقدم العقد . وأما لو علمت العقد وجهلت التسمية فلا إشكال أن التسمية تبقى موقوفة على إجازتها وكذا العقد يبقى موقوفا أيضا فيبطل إذا ردّت التسمية ولم ترض بها .

﴿١٤٨﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ و ﴾ الزوجة المكلفة يجوز ﴿ لها ﴾ ولولي مال زوجة غير مكلفة كصغيرة ومجنونة ﴿الامتناع﴾ عن الزوج من الوطء ومقدماته ولا إثم به ولو كان معسراً وكذا من الخروج معه ولا تعد بذلك ناشزة ويلزمه لها النفقة والكسوة والسكنى،حتى يسمي لها مهراً إلى آخر المسئلة الآتية قريباً، لكن لا يجوز لها الامتناع إلا ﴿ قبل الدخول ﴾ بها لأنها قبل ذلك ــ ولو بعد الخلوة والمقدمات ــ كالمبيع فى يد البايع له الامتناع عن تسليمه حتى يوفر له الثمن . فأما بعد الدخول ﴿ برضاء الكبيرة ﴾ فليس لها أن تمنع بعد أن دخل بها برضاها وأما لو دخل بها بغير رضاها نحو أن تكون نائمة أو سكرى أو مكرهة فلها الامتناع بعد ذلك لأن دخوله كلا دخول .

﴿ و ﴾ كذا إذا دخل برضاء ﴿ ولي مال الصغيرة ﴾ أو المجنونة لم يكن للولي أن يمنعها منه حتى يسمي لها مهراً أو نحو ذلك لأنه قد لزم بالدخول مهر المثل . وكذا لا يجوز لها إذا بلغت أن تمتنع . فأما لو دخل بالصغيرة من دون رضاء ولي مالها أو برضاه لغير مصلحة فدخوله كلا دخول فيجوز لها الامتناع بعد ذلك حتى يمين ثم حتى يسلم .

واعلم أنه لا يخلو إما أن يكون سمى لها الزوج مهراً أم لا : فإن لم يُسَمّ ــ وقد أذنت بالنكاح من دون تسمية ــ جاز لها الامتناع منه ﴿ حتى يسمى ﴾ لها مهراً إلى قدر مهر المثل وليس لها طلب أكثر منه فإن لم يسمّ سمى لها الحاكم إلى قدر مهر المثل لا فوقه إلا برضاء الزوج ولا أقل منه إلا برضاء الزوجة ﴿ ثم ﴾ إذا سمى جاز لها أيضاً

أن تمتنع بعد أن سمى ﴿ حتى يعين ﴾ لها ذلك المسمى مالاً مخصوصاً من غير النقدين لاستحقاق المنافع فلو عيّن نقداً فحتى يسلم إذ لا يتعين ﴿ ثم ﴾ إذا عينه جاز لها أيضاً أن تمتنع بعد التعيين ﴿ حتى يسلم ﴾ ذلك المعين إليها فإن كان قد سمى من أول الأمر جاز لها الامتناع حتى يعين ثم حتى يسلم . فإن كان قد سمى وعين امتنعت حتى يسلم ولو كان معسراً ﴿ ما لم يؤجل[1] ﴾ المهر مدة معلومة لفظا أو عرفا. وإنما يصح الانظار بالتسليم لا بالتسمية والتعيين. وليس فى حكم المؤجل ما جرى به العرف فى كثير من الجهات أن لا يسلم المهر إلا إذا طلق الزوج أو مات بل لا بد أن يكون ما جرى به العرف مدة معلومة وإلا لم يلزم ما جرى به العرف . فان كانت قد أجّلته بالمهر لم يكن لها الامتناع . فإن دخل بها قبل حلول الأجل لم يكن لها المطالبة حتى يحل ولا أن تمنع نفسها عند الحلول ما لم تسلم نفسها بشرط صحيح ثم لم يحصل .

﴿ وما سماه ﴾ الزوج مهراً أو عينه لزوجته ﴿ ضمنه ﴾ لها فإذا تلف ولو بآفة سماوية لزمته قيمته إن كان قيمياً ومثله إن كان مثليا ﴿ و ﴾ يضمن أيضا ﴿ ناقصه ﴾ عيناً أو صفة إذا نقص ولا يزال في ضمانه ﴿حتى يسلم﴾ للمرأة أو يخلى تخلية صحيحة.

وأما إذا كان قد حصل فى المهر زيادة فإنه ﴿لا﴾ يضمن تلك ﴿الزيادة﴾ إذا نقصت أو تلفت سواء كانت منفصلة كالولد والشعر أو متصلة كالسِّمن والكبر ﴿ إلا ﴾ أن تتلف أو تنقص ﴿ بجنايته أو ﴾ يكون تلفها أو نقصانها بعد ﴿ تغلبه ﴾ عليها مع التمكن من التسليم بأن تطالبه الزوجة بالمهر وقد حصلت الزيادة فيه فتغلب عليه وسواء كانت الزيادة فى القيمة فقط أم فى العين ، مثال الزيادة فى القيمة : أن يمهرها سلعة قيمتها عشرون فغلاَ جنسها حتى صارت قيمة مثلها ثلاثين فطالبته فتغلب عليها ثم رخصت حتى رجعت إلى عشرين فإنه يضمن لها قدر زيادة السعر وهى عشرة، هذا

(١) ومن اختيارات إمام الزمن أيده الله أن المهر لا يؤخر بمجرد العرف فى تأخيره ولو لمدة معلومة إلا لشرط حال العقد أو كان متواطئا عليه لزم الوفاء بذلك الشرط . انتهى .

حيث تلفت العين وإن كانت باقية فلا يضمن الزيادة ... ومثال الزيادة فى العين أن يمهرها ناقة فتلد أو شاة فيحصل منها صوف أو سمن أو لبن أو ولد فتطالبه بالمهر وزيادته فيتغلب ثم تتلف تلك الزيادة أو تنقص نقصان عين أو صفة فإنه يضمنها لأجل التغلب . وهكذا لو تلفت بجنايته أو نقلها لنفسه فإنه يضمنها ضمان غصب سواء كان قد طولب أم لا .

﴿ والحاصل ﴾ أن المهر لا يخلو إما أن يكون دينا يعنى غير معين أو معينا : فإن كان غير معين فالواجب تسليمه على صفته فإن تعذر فى البريد سلم قيمة المثلى وقت الطلب إن قارن التسليم وإلا فيوم التسليم . وكذا المقوم ، وإن كان معينا فإن كان مثلياً سلمه بعينه ولا عبرة باختلاف سعره ولا بامتناع الزوج من التسليم أو الزوجة من القبض مع عدم التخلية ، فإن تلف فمثله إن وجد فى البريد وإلا فقيمته يوم الطلب إن قارن التسليم وإلا فيوم التسليم ، وإن كان قيمياً فإن كان باقياً على صفته يوم التسمية والتعيين سلمه وسواء كان قد نقصت قيمته أو زادت وسواء كان قد طالب أو طولب أم لا . وأما إذا كان قد تغير عن حاله فإن تغير إلى زيادة كالولد والصوف سلمه بزيادته إن بقيت وإن تلفت ضمنها ضمان غصب إن تجددت مطالبته بعد حدوثها مع التمكن من التسليم أو جنى عليها أو نقلها لنفسه وإلا فلا . وإن تغير إلى نقصان عين كإحدى الشاتين لا نقصان صفة فيخير كسائر العيوب سلم الباقى منه وضمن أيضاً قدر ذلك النقصان سواء كان بجناية منه أم لا . وأما إذا كان تالفاً فإن تلف على حاله يوم التسمية ضمنه ولا فرق بين أن يكون ثم امتناع من أحدهما أم لا . وإن تلف بعد زيادة فيه فيضمن الأصل مطلقا أعنى قيمته يوم التعيين سواء حصل امتناع من أحدهما أم لا ويضمن الزيادة أيضاً إن طولب بها بعد حدوثها فامتنع أو جنى عليها أو نقلها لنفسه . وإن تلف بعد نقصان عينه أو قيمته فإن لم تطالبه الزوجة بالتسليم أو طالبته فامتنع ضمن قيمته يوم العقد إن قارنته التسمية وإلا فيوم التسمية . وإن

كانت هى الممتنعة من قبضه ولم يحصل تخلية صحيحة فإنه يضمن النقصان .

﴿ فإن ﴾ كان المهر أمة ثم إن الزوج ﴿ وطئ قبله ﴾ أى قبل تسليم الأمة ﴿ المصدقة ﴾ أى التى سلمها صداقاً لزوجته فيثبت له أحكام . وإنما يثبت بشرط أن يطأها ﴿ جهلاً ﴾ منهما بتحريم ذلك . فإن وطئها عالماً فلذلك أحكام سنذكرها فى آخر المسئلة، فأما مع الجهل فله ثمانية أحكام :

﴿ الأول ﴾ قوله ﴿ لزمه ﴾ للمرأة ﴿ مهرها ﴾ أى مهر الأمة المصدقة وهو عشر قيمتها وإنما يلزمه إذا لم تفسخها الزوجة بالعيب الحادث بالوطء فأما لو فسختها وطلبت مهر المثل لم يلزمه ذلك بل قيمتها سليمة قبل العيب . ﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ أنه ﴿ لا حدّ ﴾ عليه لأن الجهل شبهة ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أنه ﴿ لا ﴾ يثبت ﴿ نسب ﴾ الولد إن علقت منه فى هذا الوطء ﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أنها ﴿ لا تصير ﴾ هذه الأمة ﴿ أم ولد ﴾ لهذا الذى وطئها ولو عادت له لأن ثبوت الأمة أم ولد فرع عن لحوق الولد بمن علقت منه وهنا لم يلحق ﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أن الزوجة حينئذ ﴿ تخيّر بين ﴾ ثلاثة أمور: أما وأخذت ﴿ عينيهما ﴾ أ ﴿ و ﴾ أخذت ﴿ قيمتهما ﴾ أ ﴿ و ﴾ أخذت ﴿ مهر المثل ﴾ أى إن شاءت أخذت الأمة وولدها وعُقرها أيضاً وإن شاءت طلبت قيمتها يوم الرد وعقرها[1] أيضاً وهو عشر قيمتها إذا كان مهر المثل مثل القيمة أو دون لا فوقها فقد رضيت بالنقص فلا خيار وإن شاءت طلبت مهر المثل .

﴿ والسادس ﴾ قوله ﴿ ثم إن طلق ﴾ الزوج هـــذه المرأة أو فسخ من جهته ﴿ قبل الدخول ﴾ بها وقبل الخلوة الصحيحة وقد اختارت الأمة وولدها مع العقر

(١) العقر بالضم مهر المرأة إذا وطئت عن شبهة. وأصله أن واطئ البكر إذا افتضها فيسمى ما تعطاه للعقر عقراً، ثم صار عاماً لهـا وللثيب، وقد صار فى الاصطلاح لمهر الأمة . وإلا فأسماء المهر ثمانية وقد جمعها السيد صارم الدين فى قوله :

صداق ومهر نحلة وفريضة حباء وأجر ثم عقر علائق

﴿ عادت له ﴾ يعنى للزوج والمراد استقر له ﴿ إنصافها ﴾ أى إنصاف الأمة وولدها وعقرها . فأما لو كانت قد اختارت القيمة أو مهر المثل فالمذهب أنه يبطل خيارها بالطلاق ولا تستحق إلا نصف الأمة والولد والعقر ولو طلبت القيمة أو مهر المثل لم تسمع . ﴿ والسابع ﴾ قوله ﴿ فيعتق الولد ﴾ بملك الزوج لنصفه بالطلاق سواء تقدم إقرار الأب أنه ابنه أم تأخر . وكذا لو لم يكن قد ادعاه كولده من الزنى فإنه يعتق عليه .

﴿ و ﴾ ﴿الثامن﴾ أنه إذا عتق الولد بهذا السبب وجب عليه أن ﴿يسعى بنصف قيمته ﴾ يوم العتق ﴿ لها ﴾ أى للزوجة ولا يجب على الزوج ضمان النصف لو مات قبل أن يسعى للمرأة شيئاً لأنه غير متعد بالسبب وهو الطلاق قبل الدخول فوقع العتق بانتقال ملكه إليه بغير فعله كمن يرث نصيباً من ذى رحم محرم عليه فإنه يعتق عليه ولا يضمن لشريكه نصيبه حينئذ . هذه أحكام الوطء مع الجهل .

وأما إذا وطئها عالماً بالتحريم فإنها تثبت هذه الأحكام الاثنين منها : ﴿الأول﴾ سقوط الحد فإنه لا يسقط عنه ﴿ والحكم الثانى ﴾ أنه لا يلزمه المهر إن كانت ثيبا ولو مكرهة ولاعقرعليه سواء علقت أم لا، أو بكراً مطاوعة فإن كانت مكرهة فنصفه كما سيأتى إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ اختلف العلماء فى فوايد المهر الفرعية والأصلية فالمذهب أن حكمها حكم المهر تملكه المرأة بالدخول أو ما فى حكمه ونصفه بالطلاق أو ما فى حكمه قبل الدخول .

﴿١٤٩﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ ولا شىء فى إفضاء الزوجة ﴾ ما لم يقصد فيضمن . قال فى الانتصار : هو أن يفتق الحاجز بين موضع الجماع والبول أو بين السبيلين . . واعلم أنه لا يلزم فى ذلك

أرش بثلاثة شروط ﴿الأول﴾ أن يكون في زوجته فأما لو كان في أجنبية فسيأتي تفصيل ذلك . ﴿ الشرط الثاني ﴾ أن تكون زوجته ﴿ صالحة ﴾ لمثله فأما لو كانت صغيرة لاتصلح مثلها للجماع لمثله لزمه الأرش وهو مهر المثل ويكون على عاقلته إن ظن صلاحها وبلغ أرش موضحة وإذا دخل بها بعد أن صلحت لزمه المهر ، فلو اختلفا بعد ما افتضها هل كانت صالحة للوطء أم لا ، فالمذهب وهو قول الإمام الهادي أن الأصل فيها الصغر فتكون البينة على الزوج بالصلاح ويكفي في ذلك عدلة. هذا إن أضافا إلى وقت متقدم يحتمل فيه الصلاح وعدمه لا مع الإطلاق وهي الآن صالحة فإنه يحكم بأقرب وقت وهو الصلاح وعلى المرأة البينة أنه دخل بها وهي غير صالحة .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يكون الإفضاء ﴿ بالمعتاد ﴾ فعلاً وآلةً في الموضع المعتاد وهو أن يطأها بإحليله مع عدم قصد الافضاء وإلا لزمه الأرش ﴿لا﴾ إذا أفضى زوجته الصالحة ﴿ بغيره ﴾ أي بغير المعتاد من عود أو إصبع أو نحوهما فيفضيها فإن الأرش يلزمه « وإن رضيت » لأنه لا يستباح بالإباحة . فلو كان لرجل آلة كبيرة إذا وطىء أفضى فليس له أن يستوفي حقه فإذا فعل ضمن .

﴿ أو ﴾ أفضى ﴿ غيرها ﴾ أي غير زوجته فإن الأرش يلزمه سواء كان بالمعتاد أم بغيره بشرط أن تكون ﴿ كارهة ﴾ للفعل من أوله غير مطاوعة ولو بقي لها فعل أو مغلوطاً بها ولو مطاوعة لأنها تظنه حقاً فإنه إذا أفضاها ﴿ فكل الدية ﴾ يلزمه في هاتين الصورتين أعني حيث أفضى زوجته بغير المعتاد أو أفضى غير زوجته وهي كارهة وسواء كان بالمعتاد أم لا. وإنما يلزمه الدية بالإفضاء ﴿ إن سلس البول ﴾ أو الغائط مستمراً أو كان استمراره أكثر من انقطاعه . فلو انقطع فالثلث مع ارش الجناية فعلى هذا يلزم ثلثا الدية وديتان إن سلسا معاً وحكومة ان سلس الريح وحده . ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يقع سلس البول باستمرار ولا بانقطاع بل جرحها وأدماها جرحاً زائداً على ما يحدث من الافتضاض في العادة ﴿ فثلثها ﴾ أي فأرش ذلك ثلث الدية فقط لأنها

جائفة ، ويلزم هذا الأرش وهو الدية أو ثلثها ﴿ مع المهر لها ﴾ أي للزوجة ﴿ والمغلوط بها ﴾ سواء غلط بها في زفاف أو غيره وسواء كانت بكراً ولو بغير المعتاد أم ثيباً بالمعتاد ﴿ ونحوها ﴾ وهي التي تزوّجت في العدة ظانة أنها قد انقضت أو نحو ذلك[١] . وعلى الجملة فكل وطء محرم لا يوجب حداً على الواطئ أو الموطوءة فهو يوجب المهر[٢] فان حصل مع الوطء إفضاء لزم الأرش .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ نصفه ﴾ أي نصف المهر ﴿ لغيرها ﴾ أي إذا وطئ غير زوجته وغير المغلوط بها ونحوها فلزمه الحد بوطئها فانه يلزمه نصف المهر فقط مع الأرش الكامل الذي تقدم إن أفضاها . وإنما يلزمه نصف المهر بشرطين : ﴿ أحدهما ﴾ أن تكون ﴿ مكرهة ﴾ مكلفة فان كانت مطاوعة فلا مهر لها ولا أرش أيضاً ﴿ الشرط الثاني ﴾ أن تكون ﴿ بكراً ﴾ فلو كانت ثيباً لم تستحق شيئاً من المهر ولو كانت مكرهة بل الأرش فقط إن أفضاها .

وإنما يسقط عنه نصف المهر حيث افتض البكر المكرهة ﴿ بالمعتاد ﴾ وهو أن يفتضها بإحليله لأنه من حيث إنه جان بإذهاب بكارتها يلزمه جميع المهر ومن حيث انه زان لا يلزمه شيء فيلزمه نصفه مع الحد ﴿ و ﴾ أما لو أفضاها ﴿ بغيره ﴾ ولو مطاوعة نحو أن يفعل باصبعه أو عود أو نحوهما فانه يلزمه المهر ﴿ كله ﴾ حينئذ لأجل إذهاب بكارتها ولم يلزمه الحد لأنه لو لزمه الحد سقط نصف المهر . فان أفضاها بذلك لزمه مع كل المهر كل الأرش وهو الدية إن سلس البول وثلثها إن استمسك .

﴿ فرع ﴾ لا يجوز للزوج أن يفتض زوجته بالإصبع مع التمكن من افتضاضها بالعضو المخصوص لأنه خلاف ماشرع وللترطب بالنجاسة من غير ضرورة .

﴿ فرع ﴾ وإذا أذهبت امرأة بكارة امرأة باصبعها أو نحوها وجب العقر .

---

(١) امرأة المفقود أو زوجت بغير ولي وشهود .

(٢) « غالبا » احتراز من المبيعة قبل التسليم فانه لا أرش لها ولا حد ولا مهر اهـ .

﴿١٥٠﴾ ﴿فصل﴾

﴿ و ﴾ عيوب النكاح أحد عشرة ﴿ يترادان ﴾ أى يثبت للسليم من الزوجين إذا ظهر فى الآخر أى العيوب الفسخ به ﴿ على التراخى ﴾ لا على الفور فلو علم بالعيب ولم يفسخ من حينه لم يبطل خياره بل له أن يفسخ متى شاء ما لم تحدث منه قرينة رضاء بذلك العيب ، والفسخ بها أيضاً ﴿ بالتراضى ﴾ ان حصل مع اتفاق المذهب انه عيب يرد به النكاح ويعتبر فى كل فسخ أن يكون فى وجه الآخر أو علمه بكتاب أورسول ولا يفتقر إلى قبول وليس للمعيب أن يفسخ نفسه سواء كان السليم قد رضى بالعيب أم لا .

﴿ وإ ﴾ ن ﴿لا﴾ يقع بين الزوجين تراض بالفسخ أو اختلف المذهب ﴿فبالحاكم﴾ أى لم يصح الفسخ إلا بأن يحكم به الحاكم .

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البيان وهامشه : « ومن ادعى العيب من الزوجين فى صاحبه وأنكر الآخرفعليه البينة به إذ الأصل عدمه لكن حيث المعيب الزوج تكون البينة بعدلين وحيث هى الزوجة يكفى فى البينة عدلة حيث يكون العيب فى العورة المغلظة لا فى غيرها فبعدلين وسواء كان ظاهراً أو خافياً فى المستور من بدنها غير العورة وكذا فى الأمة المشتراة إذا ادّعى المشترى أن بها عيباً ففى العورة يبين بعدلة وفى سائر البدن بعدلين ويبين بعدلين أن ذلك عيب ينقص القيمة » .

وإنما يكون الفسخ بأيهما على التراخى ﴿ قبل الرضى ﴾ بالعيب فأما لو علم بالعيب فرضى بصاحبه بلفظ أو فعل يقتضى الرضى فيقر النكاح ولا يفسخ بعد ذلك مالم يحدث غير ذلك العيب تجدد الخيار ولو فى عضو واحد . واعلم أن الرضى الذى يبطل به الخيار يكون بأحد أمور ثلاثة: ﴿الأول﴾ أن يعقد أو يجيز وهو عالم بعيبها وكذا إذا أذنت بالعقد أو أجازت وهى عالمة بعيبه ﴿ والثانى ﴾ أن لا يقع علم بالعيب قبل العقد لكن حين علم بالعيب قال رضيت به ﴿والثالث﴾ أن يطأها أو يخلو بها بعد العلم بعيبهاوكذا

هى إذا خلت بالمعيب أو طلبت المهرعالة بعيبه ، وبأن لها الخيار ، غير مكرهة ، بالغة، سقط خيارها ولو جهلت كون ذلك يبطل خيارها .

﴿ نعم ﴾ ومذهبنا أن عيوب النكاح منحصرة فى ثلاثة ضروب : ضرب عام بالزوجين من وجد فيه كان عيباً فى حقه ، وضربٌ خاصٌ بالزوجة وضرب خاصٌ بالزوج ﴿ أما الضرب الذى يعمهما ﴾ ففى أحوال خمسة قد بينها الإمام عليه السلام بقوله ﴿ بالجنون والجذام والبرص ﴾ فهذه ثلاثة والرابع والخامس الرق وعدم الكفاءة كما يأتى. أما الجنون فهو زوال العقل بالكلية على سبيل الاستمرار فإن كان يعرض فى وقت كالصرع فقال فى الانتصار إنه يرد به النكاح لما فيه من الوحشة والتنفير. قال فى البحر ولو تباعدت نوباته . وكذا يرد به النكاح وإن لم يزل عقله بالكلية إذا كان لا يعقل الخطاب فأما لو كان يعقل فالمذهب أنه ليس بعيب ما لم تخش منه المرأة ضرراً حال جنونه ، وأما الجذام والبرص فالمعيب منهما ما يعاف منه العشرة وإن لم يفحش ﴿ وإن عمهما ﴾ العيب متفقاً بأن يكونا مجذومين أو مختلفاً بأن يكون أحدهما مجذوماً والآخر أبرص فإن ذلك لا يمنع من الفسخ .

﴿ فرع ﴾ ولامرأة المجذوم أن تمنعه من وطئها بعد رضاها ولو مكنته من قبل ثم منعته من بعد فلها ذلك ولا يكون نشوزاً من الزوجة بل حقوقها ثابتة عليه « قلت » وكذا لها أن تمنع كذلك إذا كان قد ظهر بالزوج نار فارس المعروف بداء « الزهرى » .

﴿ و ﴾ إذا انكشف أحدهما مملوكاً كان للحُرِّ منهما[1] أن يفسخ الآخر ﴿ بالرق ﴾ إن لم يعلم بذلك قبل العقد ﴿ و ﴾ هكذا ﴿ عدم الكفاءة ﴾ نحو أن ينكشف أن أحدهما غير كفؤ للآخر فى دينه أو نسبه جاز له أن يفسخه إن لم يكن له علم بذلك .

(١) أما إذا كان الذى انكشف هى الأمة فان كان الزوج لا يجوز له نكاح الأمة فالنكاح فاسد ولا يحتاج إلى فسخ إذا حصل منها تدليس وإن كان يجوز له نكاح الأمة ثبت له الخيار اه

﴿ فرع ﴾ والرق داخل تحت عدم الكفاءة فإن حصل فى كل واحد منهما وجه وضاعة فالمذهب أن لكل واحد منهما الفسخ حيث يختلف الوجهان ويدعى كل واحد منهما أنه أعلى من صاحبه فيعتبر الحاكم العرف فى المساواة وعدمها فى المهن ولواختلف الجنس كجزار ودباغ ونحوهما، وليس للأدنى أن يفسخ الأعلى لأنه كفو وزيادة . وأما حيث يتفق الوجه فالكفاءة حاصلة فلا تفاسخ ولذلك أخر الرق وعدم الكفاءة على قوله وإن عمهما . ولهذا لا يكون الرق كفواً بعد العتق لمن لم يمسه الرق.

﴿ والضرب الثانى ﴾ من العيوب : هى التى تختص بالزوجة فقد ذكرها الإمام عليه السلام بقوله ﴿ ويردها بالقرن ، والرتق ، والعفل ﴾ أما القرن فهو انسداد الفرج بعظم، وأما الرتق فهو انسداد الفرج باللحم مأخوذ من الرتق وهو الالتئام . . قال فى الانتصار : وليس له أن يجبرها على فتق ذلك فإن فعلت ولو بغير أمره سقط خياره وإن كان بأمره بطل خياره سواء فعلت أم لا كالمشترى إذا عالج المبيع المعيب . وأما العفل فهو شيء يخرج من قبل النساء وحياء الناقة كالأدرة فى الرجال .

﴿ والضرب الثالث ﴾ وهو الذى يختص بالزوج وقد أوضحه الإمام عليه السلام بقوله: ﴿ وتردّه بالجَبّ ﴾ وهو قطع جميع الذكر مع بقاء الأنثيين. قال فى البحر: والمراد حيث لم يبق من الذكر قدر الحشفة فأما إذا بقى من الذكر قدر الحشفة فلا خيار ﴿ والخصى ﴾ وهو رض الخصيتين مع بقاء الذكر ﴿ والسلّ ﴾ سلّ البيضتين مع بقاء الذكر ﴿و﴾ يثبت الخيار بهذه العيوب وإن لم يكن شيء منها ثابتاً من قبل بل و ﴿إن حدث بعد العقد ﴾ ذكره أبو طالب. قال الإمام عليه السلام: وهو واضح كما لو حدث عيب فى المستأجر، والجامع بينهما كون العقد على المنافع . ﴿ لا ﴾ إذا حدث شيء من هذه العيوب ﴿ بعد الدخول ﴾ لا الخلوة فإنه لاخيار بذلك نحو أن يحدث بالمرأة عفل أو فى الرجل خصى أو نحوها ﴿ إلا الثلاثة الأول ﴾ وهى الجنون والجذام والبرص

فإنها إذا حدثت بعد الدخول جاز الفسخ بها لأن هذه تُعاف المشرة معها بخلاف الجب ونحوه ، وإذا فسخت المرأة بعد أن دخل بها وكان الفسخ بعيب حادث من قبل الدخول فقد استحقت المهر المسمى بالدخول .

﴿ ولا يرجع ﴾ الزوج ﴿ بالمهر ﴾ الذى دفعه للمعيبة ﴿ إلا على ولىّ مدلس فقط ﴾ وليس للزوج أن يرجع على المرأة بما دفع لها ولو دلست حرة كانت أو أمة ولا على الأجنبي إذا دلس وإنما يرجع على وليها ولو كان الإمام أو الحاكم أو وكيلاً لها إذا كان عالماً عاقداً مدلّساً . قال الفقيه يحي: والتدليس هو أن ينطق بأنها غير معيبة أو يسأل فيسكت مع العلم فى الطرفين والقول قول الولى إذا إدعى الجهل لأن الأصل عدم العلم وبراءة الذمة .

﴿ مسئلة ﴾ ومن تزوّج امرأة على أنها بكر فوجدها ثيباً فلا خيار له فإن زاد لها فى المهر لأجل البكارة لفظاً أو عرفاً كما فى عرفنا الآن أن مهر الثيب النصف من مهر البكر فإنه يرجع الزوج بما زاد على مهر الثيب حيث تزوّجها بكراً ووجدها ثيباً وسواء زالت البكارة بالوطء أم بغيره وسواء وقع الوطء الذى زالت به البكارة حلالاً أم حراماً تكرر أم لا .

قال المؤيد بالله وزيد بن على والصادق والباقر والنفس الزكية وأحمد بن عيسى وأبو عبد الله الداعى والناصر وأبو حنيفة ومالك والشافعى ﴿ ويفسخ العنّين ﴾ وهو الذى تعذر عليه الجماع لضعف فى إحليله وقد يكون من ابتداء الخلقة وقد يكون عارضاً .. وذهب القاسم والهادى وأبناء الهادى وأبو العباس وأبو طالب أنه لا يفسخ العنين وهو المختار للمذهب .

واختلف القائلون بفسخ العنين فى تقدير تأجيله فقال المؤيد بالله لايفسخ إلا ﴿ بعد إمهاله سنة شمسية[1] غير أيام العذر ﴾ يعنى إذا عرض فى تلك السنة التى أمهلها

(١) لاقرية . والشمسية تزيد على القمرية بأحد عشر يوماً . وإنما قدر بسنة لأنها تشتمل =

عذر يمنع من الوطء فى العادة لم يجب عليه مدة حصول ذلك بل يجب أن يستكمل سنة لم يعرض فى شىء منها عذر مانع ولا تحتسب أيام المرض والغيبة والنشوز بل يمهل مثل تلك المدة فى الفصول الأربعة .

﴿١٥١﴾ ﴿فصل﴾

فى ذكر الكفاءة وأحكامها : وقد اختلف العلماء فى اعتبار الكفاءة على أقوال: المذهب ان المعتبر الكفاءة فى الدين والنسب معاً أو ما فى حكم النسب وهى الحرفة : فالمذهب أن الحرفة الدنية تخرج الزوج عن الكفاءة ولو كان هاشمياً إن تضرر بها كما يتضرر بالنسب الدنىء ويعتبر فى كل بلد بعرفها .

﴿ و ﴾ معنى ﴿ الكفاءة[1] فى الدين ﴾ هو ﴿ ترك الجهار بالفسق ﴾ فأما لو لم يكن مجاهراً وكان فسقه خفياً لم يخرج بذلك عن الكفاءة ويعتبر بالدين حال العقد فإن طرى الفسق من بعد فلا خيار وإن طرأت التوبة من بعد منعت الخيار. ﴿ويلحق﴾ الولد ﴿ الصغير[2] بأبيه ﴾ ولو ميتاً لا بأمه ﴿ فيهما ﴾ أى فى الدين والحرفة فإن كان أبو الصغير وأبو الصغيرة ـ ولا عبرة بالأم ـ فاسقين أو ذى حرفة دنية لم يكن ولدهما الصغير كفواً للمؤمن ولا لولد المؤمن ولا لذى صناعة رفيعة ولا لولده وإذا كانا مؤمنين أو ذى حرفتين رفيعتين كان كفواً. هذا فى الصغير وأما فى الكبير فانه يعتبر فى دينه وفسقه وحرفته بنفسه لا بأبويه إلا الصناعة فبأبيه مهما كان يتضرر بها .

--- = على الفصول الأربعة وهى الشتاء ، والربيع ، والصيف ، والخريف ، والطبائع تختلف باختلافها فلعلها تزول العنة فى بعضها اه ...

(١) وتعتبر الكفاءة فى المماليك بالدين والنسب وموالى بنى هاشم وموالى العرب والعجم على سواء اه ..

(٢) وولد الزنى ليس بكفو لأحد إلا لمثله ولو مؤمناً لأن نسبه غير مستقر اه .

﴿ و ﴾ أما الكفاءة ﴿ فى النسب ﴾[1] فذلك ﴿ معروف ﴾ فعجم النسب لا عجم اللسان بعضها أكفاء لبعض وليسوا أكفاء للعرب . والعرب أكفاء بعضها لبعض وليسوا أكفاء لقريش، وقريش أكفاء إلا لبنى هاشم، وبنو هاشم أكفاء إلا للفاطميين، والموالى ليس بأكفاء للعجم .

﴿ وتغتفر ﴾ الكفاءة ﴿ برضاء الأعلى ﴾ من الزوجين ﴿ و ﴾ رضاء ﴿ الولى ﴾ أى إذا رضى الزوج أو الزوجة بغير الكفو اغتفر عدم الكفاءة وجاز نكاح غير الكفو بهذين الشرطين وهو أن يرضى الزوجان بعضهما ببعض وأن يرضى ولى المرأة حيث رضيت بغير كفؤها نحو فاطمية رضيت ورضى الولى بإنكاحها من غير فاطمى فانه يحل. هذا مذهبنا .

﴿ قيل إلا الفاطمية ﴾ فانه لا يحل إنكاحها من غير فاطمى ولو رضيت ورضى الولى . هذا القول للمنصور بالله وجماعة من أئمة الزيدية المتأخرين كالإمام المهدى على ابن محمد وولده صلاح، وقوى هذا القول من المتأخرين العلامة المحقق الجلال فى ضو النهار شرحه على الأزهار بأدلة واهية قاده إليها التعصب إذ يلزم من هذا القول أن لا يجوز نكاح أم كلثوم بنت على رضى الله عنه من فاطمة لمسلم قط لأن الحسنين وأولادهما أخواها وأولاد أخويها ومن عداهم غير فاطمى فيلزم رد ما علم ضرورة مع أن علياً عليه السلام زوّجها من عمر بن الخطاب ولأن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم زوّج ابنتيه أم كلثوم ثم رقيّة من عثمان واحدة بعد واحدة، وزينب من ابن أبى العاص وغير ذلك وليست بنات فاطمة رضى الله عنها أرفع قدراً وأعظم شرفاً من بنات رسول الله

---

(١) وقال الجمهور إن المعتبر كفاءة الدين ليس غير، ومنهم عمر وابن مسعود وغيرهما وأشار البخارى فى صحيحه إلى قوته وحكاه فى البحر عن مالك وأحد قولى الناصر وزيد بن على واختاره إمام العصر أيده الله مع بلوغ المرأة ورضاها سواء رضى وليها أم لم يرض حيث لم يكن فى ذلك مايدعو إلى التخلق بقبيح الأخلاق والتهتك بسيء العادات ومخالطة الأجانب والتبرج والتساهل فى الديانات اهـ .

صلى الله عليه وآله وسلم لصلبه ولهذا أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف هذا القول بقوله قيل .

﴿ فرع ﴾ وإذا رضى أحد الأولياء بتزويج الامرأة من غير كفؤ كان لسائر الأولياء أن يعترضوا سواء كانوا فى درجة واحدة أم فى درج، وكذا للقريب حق الاعتراض فى الكفاءة فى الذكر إذا كان فى ذلك سقوط مروءة لأن عليهم غضاضة فى الجملة . قال فى الضياء : الغضاضة : اللين والذلة .

﴿ ويجب ﴾ على الزوج ﴿ تطليق من فسقت بالزنى فقط ﴾ من زوجاته ويحرم عليه إمساكها ومداناتها مع تيقنه الزنى فإن أمسكها صار ديوثاً يجوز قتله مع رضاه بذلك، لا بمجرد التهمة وكلام الناس فيندب طلاقها ﴿ مالم تتب ﴾ عن الزنى فإذا تابت لم يجب عليه تطليقها. وقوله بالزنى فقط يعنى لا إذا فسقت بغير الزنى فانه لا يجب على الزوج تطليقها . ويحرم تزويج زانية أصرت ولم تتب فإن تابت بعد أن زنت جاز، ويصح العقد والدخول بمن زنت من غير عدة ولا استبراء بحيضة ما لم يظن حملها .

﴿١٥٢﴾ ﴿ فصل ﴾

فى ذكر الباطل من النكاح والفاسد والفرق بينهما ﴿ وباطله ما لم يصح إجماعاً ﴾ أى ما أجمعت الأمة على بطلانه كالنكاح قبل انقضاء العدة المجمع عليها ونحو ذلك، وسواء دخلا عالمين أم جاهلين ﴿ أو ﴾ لا يصح ﴿ فى مذهبهما ﴾ أى فى مذهب الزوجين ﴿ أو ﴾ لا يصح فى مذهب ﴿ أحدهما ﴾ ويدخل فيه ﴿ عالماً ﴾ بأنه خلاف مذهبه. مثال ذلك أن يكون مذهب الزوجين أن النكاح لا يصح إلا بشهود فينكحها بدون إشهاد وهما عالمان أن مذهبهما خلاف ذلك أو أحدهما عالم . وكذا لو كان مذهب أحدهما أن الإشهاد شرط ومذهب الآخر خلافه فانه مع علم من مذهبه التحريم يكون باطلاً .

﴿ وحاصل الكلام ﴾ أنه لا يخلو الزوجان إما أن يكون مذهبهما الجواز أو التحريم

أو يختلفان: فان كان مذهبهما جواز النكاح من غير إشهاد ونحوه فلا إشكال فى صحة نكاحهما . وإن كان مذهبهما التحريم فإن دخلا فيه عالين كان باطلا وهما زانيان يحدان ولا مهر ، وإن كانا جاهلين وقت العقد كان فاسداً ولم يعترضا فتتبعه الأحكام التى ستأتى إن شاء الله تعالى، فان علم أحدهما وجهل الآخر مع اتفاق المذهب فقال فى البيان: إنه باطل لايحتاج إلى فسخ حاكم إلا أنه يلحق النسب بالزوج إن كان جاهلاً، وإن كان عالماً كان زنى ولم يلحقه الولد . وأما إذا اختلف مذهبهما فكان مذهب أحدهما الجواز والثانى التحريم فانهما يتحاكمان، فاحكم به الحاكم لزم الآخر ظاهراً وباطناً، فإن وقع دخول قبل الحكم حد من لايستجيزه إذا علم مع فسخ النكاح لا مع الحكم بصحته فلا حد . وأما من يستجيزه فمع الجهل لا شىء عليه ومع العلم يحد .

﴿ فرع ﴾ لو كان الزوجان لا مذهب لهما رأساً ولم يعرفا التقليد ولا صفة مَن يقلد فدخلا فى نكاح موافقين فيه قول قائل فالمذهب انهما يقران على ذلك النكاح . وأما ماذكر من كون مذهب العوام مذهب شيعتهم كما ذكره الفقيه يوسف أو مذهب إمامهم كما ذكره غيره فذلك فيمن قد ثبت له طرف من التمييز وفهم كون مذهبه مذهب أولئك .

﴿ و ﴾ النكاح الباطل ﴿ يلزم فيه بالوطء فقط مع الجهل ــ الأقل من المسمى ومهر المثل ﴾ فإذا سمى لها مهراً ودخل بها جاهلا لبطلان العقد لزمه لها مهر المثل إن كان أقل من المسمى وإن كان المسمى أقل لزمه المسمى ولا حد عليه وإن لم يدخل بها فلا شىء لها ولو خلا بها خلوة صحيحة أو مات عنها لأن وجود هذا العقد كعدمه هذا مع الجهل وأما مع العلم فهو كالزنى فى حق العالم فيلزمه الحد ولا مهر لها ولو كانت جاهلة وهو عالم . وإنما يلزم المهر مع جهلهما لأن البضع لايخلو من حد أو مهر . ولا يتكرر المهر بتكرر الوطء ما لم يتخلل التسليم لجميع المهر لا بعضه فلا يجب إلا ما بقى .

﴿ ويلحق النسب با ﴾ لرجل ا ﴿ لجاهل ﴾ لبطلان النكاح حال العقد ﴿ وإن

علمت ﴾ المرأة بأنه باطل ﴿ولا حد عليه﴾ لأجل الجهل ﴿ ولا مهر ﴾ عليه لما لوجوب الحد عليها . وأما إذا كان هو العالم وهي الجاهلة لم يلحقه الولد .

﴿وفاسده ماخالف مذهبهما أو﴾ خالف مذهب ﴿أحدهما﴾ مع كونهما ﴿جاهلين﴾ بالتحريم حال العقد ﴿ ولم يخرق الإجماع ﴾ مثال ذلك أن يكونا مقلدين لمن مذهبه وجوب الإشهاد أو أحدهما مقلداً له فيعقدا من دون إشهاد جاهلين بالتحريم معاً فان هذا يكون فاسداً . وكذا ما أشبهه من الشروط المختلف فيها . ﴿ وهو كالصحيح ﴾ ولو بعد العلم يجوز الوطء فيه ويلزم المهر الأقل من المسمى ومهر المثل ويلحق النسب ويقع التوارث بينهما. وعلى الجملة فهو كالصحيح في جميع أحكامه ﴿ إلا في ﴾ اثنى عشر حكماً فانه يخالفه فيها ما لم يحكم بصحته حاكم فهو كالصحيح .

﴿ الأول ﴾ ﴿ الإحلال ﴾ أي تحليل الزوجة التي قد طلقها الزوج ثلاثاً فبانت منه فانها متى تزوّجت زوجا آخر نكاحًا فاسداً ووطئها لم تحل للأول بتحليل هذا النكاح عندنا ﴿ و ﴾ ﴿ الثاني ﴾ ﴿ الإحداد ﴾[1] فانه من تزوّج امرأة بعقد فاسد ثم مات فان العدة تلزمها ولا يلزمها الإحداد عليه . ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿الإحصان﴾ فان الزوجين لايصيران بالنكاح الفاسد محصنين فلا يرجمان لو زنيا . ﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ ﴿ اللعان ﴾ فانه لا لعان بين زوجين بعقد فاسد . ﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ ﴿ الخلوة ﴾ فان تزوج بعقد فاسد فخلا بها ولم يطأها فانها لا تستحق شيئا من المهر إلا المتعة إن طلق ﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ ﴿ الفسخ ﴾ فان النكاح الفاسد معرض للفسخ إما بتراضيهما أو بحكم الحاكم إن تشاجرا ولو قبل الدخول . والنكاح الفاسد يصح فسخه بعد الموت وسواء كان الفسخ من أحد الزوجين أم من ورثتهما ولو بعد قسمة الميراث وحكم الحاكم بصحة القسمة لأن الفسخ نقض للعقد من أصله . ﴿ و ﴾ ﴿السابع﴾

---

(١) سيأتي بيان الإحداد في كتاب الطلاق اثناء فصل ١٧٨ في شرح قوله « وعلى المكلفة المسلمة الإحداد » اه .

﴿ المهر ﴾ فان المهر بالدخول فقط فى النكاح الفاسد هو الأقل من المسمى ومهر المثل ﴿ والثامن ﴾ عدم لحوق الاجازة له على قولنا ﴿ والتاسع ﴾ عدم الحنث به إن لم تجرِ بهِ عادة ﴿والعاشر﴾ عدم اللبث فى موضع العدة كالاحداد حيث فسخ بالحكم لاحيث طلق أو فسخ بالتراضى فهى عدة حقيقة ﴿ والحادى عشر ﴾ الإذن من السيد للعبد ينصرف إلى الصحيح ﴿والثانى عشر﴾ وجوب ما لزم العبد فى الفاسد فى ذمته إذا لم يكن منه تدليس وإلا فتعلق برقبته .

﴿١٥٣﴾ ﴿ فصل ﴾

فى معاشرة الأزواج وكيفية القسمة بين الزوجات وما يتعلق بذلك. قال الإمام عليه السلام وقد أوضحناه بقولنا ﴿ وما عليها ﴾ يعنى الزوجة ﴿ إلا تمكين الوطء[1] ﴾ والقعود فى بيته أى لايجب على الزوجة لزوجها شىء قط إلا تمكينه من نفسها للوطء ولزومها قعر بيته فإن امتنعت من الوطء وعظها لقول الله تعالى « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن[2] واهجروهن فى المضاجع واضربوهن » ويحسن أن يذكر لها ما فى الصحيحين من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى تصبح » أى حتى تعود لطاعته ، وفى الترمذى عن أم سلمة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم «أيما امرأة باتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة » فإن لم يؤثر هجَرها فى المضجع ما أمكن فإن لم يؤثر ضربها ضرباً غير مبرّح لا يغير وجهها ولا يكسر عظمها . والهجر إنما هو فى المضجع للآية لافى الكلام

---

(١) ومن اختيارات إمام الزمن أيده الله أن الزوجة يلزمها فى بيت زوجها من الأعمال الداخلية والاصلاحات البيتية ما تعتاد من الأعمال الخفيفة مثل صنعة زادها وزوجها وولدها والنظافة وغير ذلك كما هو مذهب الإمام الهادى يحيى بن الحسين عليه السلام ١ه

(٢) الآية فى عدد ٣٣ سورة النساء ١ هـ

فلا يجوز الهجر به لزوجة ولا غيرها فوق ثلاثة أيام ويجوز فيها لمفهوم الحديث الصحيح « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام » وفى سنن أبي داود « فمن هجره فوق ثلاث فمات دخل النار » وللزوج منعها من أكل ما يتأذى برائحته .

ويستحب لها ملازمة المنزلة للخبز والقيام بما يحتاج داخل البيت من الأشياء الخفيفة كحمل الطعام ونحوه ونفض الفراش وبسطه ونحوه من المنافع اليسيرة لا الشاقة فلا يلزمها فإن فعلتها بغير عوض فلا شيء لها عليه فإن أكرهها على ذلك لزمت أجرتها مع الإثم فإن فعلته طلباً لعشرته مع الأمر لها فإن حصل مرادها فلا شيء وإن لم يحصل رجعت عليه بالأجرة إن شرطتها أو اعتادتها وإلا فلا شيء . فإن كانت الزوجة صغيرة فالواجب على ولى مالها لا ولى نكاحها أن يمكن زوجها من وطئها ولا يجب عليها ولا على الولى إلا بشروط ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ أن تكون بقول عدلة ﴿ صالحة ﴾ لمثله للوطء أو الاستمتاع ولو صغيرة فأما لو كانت صغيرة لا يوطأ مثلها لمثله ولا تحتمل الاستمتاع لم يجب بل لا يجوز تمكينه منها ، وهكذا إذا كانت مريضة تخشى من الوطء فى تلك الحال التلف أو الضرر لم يجب عليها والقول قولها ولا يسقط حقها . وأما لو كان الجماع يضر بالزوج وهو يطلب تمكينه فالمختار أنه يجب عليها تمكينه .

﴿ الثانى ﴾ أن تكون ﴿ خالية ﴾ عن المانع الشرعى أو العقلى كأن تكون فى مسجد أو حضور حاضر مميز للجماع ولو ضرتها فإن كان لم يجب بل لا يجوز تمكينها إياه ولا تمنع نفسها مع حضو الطفل الرضيع والنائم والبعيد الذى لا يسمع كلام الجهر المتوسط مع الحائل من ظلمة أو غيرها مع عدم ملاصقة الحاضر للخاليَيْن إذا لم يفطن تفصيل ما هما فيه وذلك لأن الخلوة فى لسان العرب وعرفهم لا ينقضها حضور الطفل ونحوه .

﴿ فرع ﴾ ويكره كراهة حظر أن يجمع بين زوجتيه فى منزل واحد إلا بتراضيهما

لتأديته إلى الشقاق إلا أن لا يجد فيجوز لقوله تعالى : « وعلى المقتر قدره » ويكره أيضاً كراهة حظر وطء إحداهما في حضرة الأخرى لمخالفته المروة .

ومن تمام الشرط الثانى أنه يجب عليها أن تمكنه من نفسها ﴿ حيث يشاء ﴾ فى موضع يليق بها فلو طلبها أن تخرج معه من منزل إلى منزل أو من دار إلى دار أو من بلد إلى بلد لزمها ذلك ليتمكن منها حيث يشاء ما لم يكن إلى دار حرب أو فسق أو بلد وباء أو لقصد الضرار فلايجاب والمرأة تحليفه ما قصد ضرارها . فإن خشيت منه سوء العشرة إذا غابت عن أهلها وعدم من ينصفها منه فى جهته فليس لها أن تمتنع بل تطلب منه كفيلاً بما يجب عليه لها .

﴿ فرعان : الأول ﴾ لو طلبها الزوج إلى الخروج معه إلى بلد ولها أبوان[1] عاجزان أو مجنونان يمكنها التكسب عليهما فى بلدها دون غيرها : فالمذهب أن لها أن تمتنع عن الخروج مع الزوج لأجلهما أو أحدهما ولا تسقط الحقوق لأنه قد اجتمع عليها واجبان: حق الزوج وحق الوالدين، وحق الوالدين ألزم إذا خشيت عليهما التلف أو الضرر ونعمتهما عليها أبلغ من نعمة الزوج عليها، ولو التزم الزوج نفقتهما لم يلزمها الإسعاد لأنه دخول تحت منة الغير . ﴿ الثانى ﴾ طلبها إلى الخروج معه إلى بلد آخر ولها غرماء يطالبونها بالدين: فالمذهب أيضاً أنها تقدم القضاء إذا لم يمكنها القضاء إلا بالوقوف ولا يمكنها أن تستنيب غيرها للقضاء.

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يطلب منها تمكين الوطء ﴿ فى القبل ولو ﴾ طلب أن يطأها فى قبلها ﴿ من دبر ﴾ وجب عليها تمكينه ولو قد قامت إلى أداء صلاة فى أول الوقت. . فأما لو طلب الوطء فى الدبر لم يجب ، بل لا يجوز لها تمكينه منه ، ويجوز لها قتله إن لم يندفع بدونه .

﴿ ويكره ﴾ كراهة تنزيه ﴿ الكلام حاله ﴾ أى حال الجماع إلا ما لا يمكن تحسين

(١) أو أولاد صغار منه أو من غيره ا هـ

المشرة إلا به فلا كراهة ﴿ و ﴾ يكره ﴿ التعرى ﴾ حاله يعنى أن لا يكون عليهما ثوب فأما تعرى الرجل إلى المرأة والمرأة إلى الرجل فذلك لا بد منه عند الجماع . ﴿و﴾ يكره للرجل ﴿ نظر باطن الفرج﴾ من زوجته وأما ظاهره فلا كراهة ﴿ و ﴾ إذا عقد الرجل بامرأة وهى فى موضع نازح عن موضعه ويُحتاج فى تسليمها إليه مؤنة من كراء وغيره وجب ﴿ عليه ﴾ لا على زوجته ﴿ مؤن التسليم ﴾ وإن جهل موضعها عند العقد . وإذا أذن الزوج بذهاب الزوجة إلى أهلها فعليها فى الذهاب أجرة المحرم والراحلة وعليه نفقة السفر ومؤن رجوعها عليه كمؤن التسليم الأول ما لم تكن ناشزة فى بلد آخر فالمؤن عليها حتى ترجع إلى بلد زوجها ولو تابت .

﴿ و ﴾ يجب على الزوج حراً كان أم عبداً ﴿ التسوية بين الزوجات ﴾ سواء كن إماء أو حرائر لا المملوكات إذا وطئهن فلا قسمة عليه لهن ولا المطلقة رجعية من الحرائر ولا لمدعية الطلاق .. ويجب التسوية بين المسلمة والذمية إذا لم يفصل الدليل على قول من يجيز نكاح الكتابيات ، ولا خلاف فى وجوب العدل بين الزوجات على سبيل الجملة لقوله تعالى : «فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة» وهى التى ليست ذات بعل ولا مطلقة . وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « من كانت له امرأتان يميل لإحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً » . . أخرجه الدارمى وابن حبان والحاكم وإسناده على شرط الشيخين. قال فى الانتصار: والصحيح والمريض والمجنون حيث لا وحشة منه والمنين والمحرم فى ذلك سواء قال وكذا الزوجة الصحيحة والمريضة والرتقى والمحرمة والمجنونة إذا كانت تعقل الإيواء وهو الإيناس سواء . ويجب القسم للمجذومة ولا يجب المبيت فى منزلها ويعتزل الأخرى فى ليلتها . وكذا يجب للمظاهرة والمولى منها ولا يَدْنُ من المظاهرة حتى يكفّر .

وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من الطفلة التى لا تُشتهى ولا تعقل الإيواء.

وإنما يجب على الزوج التسوية بين الزوجات فى شيئين : أحدهما ﴿ فى الإنفاق ﴾

عليهن فيعدل بينهن فى قسمة ذلك . قال الفقيه يحيى: ولا يجب عليه العدل إلا فى قدر ﴿ الواجب ﴾ من الكسوة والنفقة يعنى فى الجودة والرداءة لا فى القدر الواجب فيجب الكفاية فلا تجب حينئذ التسوية بين الصغيرة والكبيرة . وأما الزائد على الواجب فله أن يفضل من شاء فيه إلا أن يقصد حرج صدر الأخرى لم يجز .

﴿و﴾ ﴿الثانى﴾ مما يجب العدل فيه هو ﴿ فى الليالى والقيلولة﴾ أما الليالى فيجب عليه العدل فى مبيته[1] مع أهله. والمراد بالقسمة فى المبيت أن يجمعهما المنزل مع الخلوة بحيث لا يكون معهما ثالث مثل أخته وأمه إلا بإذنها إذا كان يخلو مع الأخرى لا أنه تجب المساواة فى المضاجعة كما لا تجب المساواة فى الوطء . قال فى البحر: وليس له الخروج ليلاً فى نوبة إحداهما إلا لضرورة أو بإذنها إذ هو حق لها . وأما القيلولة وهى الاستراحة نصف النهار إذا اشتد الحر وإن لم يكن معها نوم سواء اعتادها أم لا فإنه يلزمه العدل فيها وكذا فى النهار غير القيلولة إذا كانت حرفته ليلاً كالحارس فإنه يجب عليه القسم بالنهار .

نعم ؛ وأما المسافة التى يقسم فيها فقال المنصور بالله: إنه يجب القسم ﴿ فى الميل ﴾ ويعتبر الميل بين الضرتين من جدار البيت الذى فيه الزوجة إلى جدار الذى فيه الأخرى فمهما اجتمع الضرتان فى الميل عدل بينهما ومن كانت خارجة من الميل ولو فى بلد واحد لم يلزمه القسم لها .

﴿ مسئلة ﴾ ولا تجب التسوية بين الزوجات فى الوطء لأن سببه قوة الشهوة وميل القلب وإنما يلزم التعديل فى المبيت فقط . فلو وَطِئَ فى قَسْم من لها القسم غيرها

(١) « تنبيـه » اعلم أنه يجوز للزوج ترك القسمة بين الزوجات بأن يتخذ منزلا منفرداً ويتركهن جميعا فاذا أراد وطء إحداهن جاز له، ولا يجب عليه قضاء الأخرى إذا لم يبت معها وهذا حسن مخرج من وجوب القسمة والمشاحنة بينهن اهـ

جاز ذلك ويجب أن يكون سراً تجنباً للايحاش وكذا لا يجب التعديل فى المحبة وعمل النفقة وحفظ متاعه .

﴿ و ﴾ إذا كان له زوجتان حرّة وأمَة فانه يقسم ﴿ للأمة نصف ما للحرة ﴾ فى المبيت فيجعل للحرة يومين وللأمة يومًا لا فى الكسوة والنفقة فالواجب عليه لكل من الأمة والحرة ما يجب لمثلها من مثله . ﴿ و ﴾ إذا تزوّج امرأة على امرأتين أو ثلاث وكان يعتاد القسم وجب عليه أن ﴿ يؤثر ﴾ الزوجة ﴿ الجديدة ﴾ بعقد لا برجعة فى الليالى والقيلولة ﴿ الثيب بثلاث ﴾ ليال ﴿ والبكر بسبع ﴾ متوالية فلو تزوّج بكرين معا قدّم أيهما شاء فإن تزوّج ثيبًا وبكراً قدّم البكر ولا يؤثر الجديدة بما ذكرنا إلا ﴿ إن لم يتعداها ﴾ وحد التعدى مبيت ليلة أو أكثر فأما لو وقف مع الجديدة ثلاثا أو سبعا ثم تعداها فى الوقوف معها أى زاد على الثلاث أو السبع بطل حق الجديدة إذا تعداها ﴿ برضاها ﴾ ولو صغيرة والمراد هنا بالرضا طلبها للزيادة لفظاً لا مجرد الرضا فى النفس والسكوت من دون طلب فلا يسقط حقها من التأثير فلا يقضى الأخرى إلا الزائد على الثلاث أو السبع فلو لم يقف مع الجديدة الثلاث أو السبع فى الابتداء لزمه قضاؤها وكان عاصيًا فى الابتداء .

﴿ و ﴾ الرجل ﴿ إليه ﴾ وولى الصغير الاختيار فى ﴿ كيفية القسم ﴾ والتعيين فان شاء وقف مع كل واحدة يومين يومين وإن شاء ثلاثاً ثلاثاً وإن شاء أربعًا أربعًا ﴿ إلى السبع ثم ﴾ إذا أراد الزيادة على التسبيع لم يجز له ذلك إلا ﴿ بإذنهن ﴾ ولو صغيرة مميزة فإذا رضين بذلك جاز ، ذكره الفقيه يحيى للمذهب . فإن اختلفن اقتصر على السبيع . قال فى البحر : وندب جعل القسم يومًا وليلة لفعله صلى الله عليه وآله وسلم .

﴿ و ﴾ إذا وقف مع بعض نسائه أكثر مما وقف مع ضرتها فإنه ﴿ يجب ﴾ عليه ﴿ قضاء ما فات ﴾ على الفور متتابعاً وإن لم تحصل مطالبته لأنه حق لآدمى ويصح قضاؤه

نهاراً ومؤخراً إن رضيت الزوجة ﴿ ويجوز ﴾ للمرأة حرة كانت أم أمة ولو صغيرة مميزة ﴿ هبة النوبة ﴾ لمن شاءت من ضرائرها ولا تفتقر إلى قبول لـكن الواهبة لا تخلو إما إن تهب لضرتها أو لزوجها أو تهب مطلقاً: فان وهبت لضرتها استحقتها ولا تفتقر إلى قبولها بشرط أن تـكون برضاء الزوج ، وإن وهبتها للزوج أو قالت خص بها من شئت فليس له أن يخص بها من شاء بل تصير الزوجة كالمعدومة وكذا إذا أسقطت نوبتها كانت كالمعدومة أيضاً .

﴿ و ﴾ يجوز لها ﴿ الرجوع ﴾ في هبتها إذا وهبت نوبتها وما مضى بعد الرجوع وقبل علمه به لا يجب عليه قضاؤها ﴿ و ﴾ يجوز للرجل ﴿ السفر بمن شاء ﴾ أي إذا أراد سفراً خارجا عن الميل استصحب من شاء منهن ولا تجب عليـه قرعة بينهن ولا القضاء للمقيمات سواء أقرع بينهن أم لا ﴿ و ﴾ يجوز للرجل ﴿ العزل عن ﴾ زوجتـه ﴿ الحرة برضاها ﴾ ويكفي ظن الرضا ولها الرجوع عن الرضا فإن كرهت العزل لم يجز له . ﴿ و ﴾ يجوز العزل ﴿ عن ﴾ الزوجـة ﴿ الأمة ﴾ والمملوكة ﴿ مطلقاً ﴾ أي سواء رضيت أم كرهت وسواء رضي سيد الأمة المزوّجة أم كره ..

﴿ مسئلة ﴾ قال في الانتصار « يجوز تغيير النطفة في الرحم والعلقة والمضغة بالأدوية لأنه لا حرمة لها قبل نفخ الروح فيها » قلت ولا يجوز ذلك إلا بإذن الزوج وإلا أثمت ولا ضمان مطلقا أذن أم لا وبعد نفخ الروح لا يجوز مطلقا أذن أم لا وتأثم مع القصد وتضمن دية ماخرج حيًّا، والغرة في الميت إذا علم نفخ الروح فيـه كما يأتي آخر فصل ٤٢٥ في الجنايات ، وكذا يجوز للمرأة أن تفعل بنفسها ما يمنع الحبـل وإن لم يرض زوجها لأنه لم يثبت له حق في حملها إلا بعد وجوده .

﴿ ومن وطئ ﴾ زوجته أو أمته حيث كان لها ولد حر ﴿ فجوّز الحمل ﴾ أي فجوز أنها قد حملت من ذلك الوطء ﴿ ثم مات ربيبه ﴾[1] أو ارتد ولحق بعد ذلك فانه يجب

(١) والربيب هو ولد الزوجة من زوج آخر أو من الزنى ولو منه .

على الزوج إذا كان لربيبه مال ـ أو قتل عمداً أو خطأ ولم يكن له مال ـ أن يكف عن جماع زوجته بعـد موته بشرطين: ﴿ الأول ﴾ أن يكون مجوزاً لحملها من الوطء الذى وقع قبل الموت فلو لم يكن مجوّزاً للحمل بأن وطئها ولم ينزل أو عزل عنهـا أو قطع بحصوله بأن يكون قد تبين لم يجب عليه أن يكف .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثانى ﴾ أن ﴿ لا ﴾ يوجد بعد هذا الميت من ورثته ﴿ مسقط للأخوة لأم ﴾ كالأب والجد والولد وولد الابن ذكراً كان أو أنثى ﴿ أو ﴾ كانت الأم ﴿ لاحاجب لها ﴾[1] من ورثة هـذا الميت ولا ناقص من الثلث إلى السدس. والذين يحجبون الأم من الثلث إلى السدس الولد وولد الابن ذكراً كان أو أنثى والاثنان من الأخوة والأخوات فصاعدا فلو وجد المسقط للأخوة لأم والحاجب للأم من ورثة هذا الميت لم يجب الكف فإذا كمل هذان الشرطان ﴿ كف ﴾ الزوج عن جماعها وجوباً ﴿ حتى يبين ﴾ هل بها حمل أم لا فمتى بان أحد الأمرين جاز جماعها . وبيان الحمل يحصل إما بحركته فى البطن أو بتعاظم البطن مع انقطاع الحيض ، قال الفقيـه علىّ وكذا اختلاف الحال فى العيافة بكسر العين المهملة . والشهوة لأشياء وهو «الوحام» بكسر الواو وفتحها شهوة المرأة الحامل فهذه أمارات يعمل بهـا لأن كذبها نادر . وبيان عدم الحمل يحصل بأن تحيض حيضة وله أن يعمل بقولها انهـا قد حاضت فى المدة المحتملة لذلك وهو بعد مضى طهر صحيح ـ فإن لم تحض كف عن جماعها ثلاث سنين وستة أشهر ويومًا أو دون يوم من يوم الوطء فإن التبس يوم الوطء فمن يوم الموت فإذا مضت هذه المدة جاز له جماعها لأنه إذا وطئها بعد هـذه المدة وجاءت بولد حيًا وخرج من دون جناية لتمام أربع سنين من يوم الوطء الأول علمنا أنه من الوطء الأول لأن أقل الحمل ستة أشهر فلم يكن من الوطء الثانى لأنه نقص من ستة أشهر يوم

(١) والحاصل من المذهب أن نقول إن وجد المسقط دون الحاجب وجب الكف. وان وجد الحاجب دون المسقط وجب الكف. وان عدما معاً وجب الكف .وان وجدا معاً لم يجب الكف اهـ.

وإن جاءت به لأكثر من أربع سنين حكمنا أنه من الوطء الثاني لأن أكثر الحمل أربع سنين . فلو لم يكف عن جماعها بعد موت الرَّبيب ثم جاءت بولد لأربع سنين من الوطء الأول ولستة أشهر من الثاني فله نصف السدس تحويلاً سواء كان الورثة مصادقين أنه وطئ قبل الموت أم غير مصادقين .

﴿١٥٤﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ويرتفع النكاح﴾ بين الزوجين بأحد أمور أربعة: ﴿ الأول ﴾ أن تكون ملتهما واحدة حال الزوجية ثم يطرؤ عليها اختلاف فإنه يرتفع النكاح بينهما ﴿بتجدد اختلاف الملتين ﴾ بينهما سواء ارتدا عن الإسلام أم كانا يهوديين فتنصرا أم العكس في وقتين لا في وقت والتبس فهما على نكاحهما ومثال ذلك أن يكونا مسلمين فيرتد أحدهما أو كافرين فيسلم أحدهما أو يهوديين فيتنصر أحدهما أو العكس فقد اختلفت ملتهما في جميع هذه الصور وهي كلها توجب ارتفاع النكاح بينهما لكن ذلك يختلف : ففي بعضها يرتفع النكاح وتبين الزوجة بمجرد اختلاف الملة وفي بعضها لا تبين إلا بانقضاء العدة أو عرض الإسلام ، فاذا كان الاختلاف بان ارتد أحدهما فانه ينفسخ النكاح وتبين الزوجة في الحال وسواء كانت مدخولاً بها أم غير مدخولة . قال الإمام عليه السلام: وهو الذي قصدناه بقولنا : «ويرتفع النكاح بتجدد اختلاف الملتين» أي بطروّ اختلاف ملتي الزوجين .

وأما إذا كان اختلاف ملتهما بإسلام أحدهما فقد ذكر الإمام عليه السلام حكمه بقوله : ﴿ فإن أسلم أحدهما فمع مضي عدة الحربية ﴾ أي فهي تبين باختلاف الملة مع مضي عدتها الحقيقية كعدة الطلاق الرجعي إن كانت ﴿ مدخولة ﴾ وسواء كان الزوج هو الذي أسلم أم هي التي أسلمت. وأما إذا لم يكن قد دخل بها فهي تبين بمجرد إسلامه أو إسلامها .

﴿ و ﴾ أما ﴿ الذمّيّة ﴾[1] إذا أسلمت هى أو أسلم زوجها دونها فان البينونة تقع بينهما بأحد أمرين إما بمضى مثل المدة لأنها لم تكن عدة حقيقة بل مدة انتظار ﴿ مطلقاً ﴾ أى سواء كانت مدخولة أم غير مدخولة ﴿أو عرض الإسلام ﴾[2] على الذى لم يسلم فامتنع فان البينونة تقع بامتناعه ولو لم تمض العدة . وإنما يعتبر العرض ﴿ فى ﴾ الوجه ﴿ الثانى ﴾ وهو حيث هما ذميان أسلم أحدهما بخلاف الوجه الأول وهو حيث هما حربيان فلا يعتبر عرض الإسلام فى فُرقتهما لأنهما غير مقرين على دينهما وإن كان زوج الذمية صغيراً لم تقع البينونة بمضى مثل المدة قبل بلوغه ﴿ فينتظر بلوغ الزوج ﴾ لأن عرض الإسلام عليه فى حال صغره غير صحيح، وفى الحكم ببينونتها بمضى مثل العدة قبل بلوغه إسقاط لحقه وهو استبقاء زوجته بإسلامه ولم يتمكن من ذلك فى مثل المدة فوجب أن لا يحكم ببينونتها حتى يتمكن من حقه فينتظر بلوغه لذلك فإذا بلغ بانت منه إما بعرض الإسلام عليه أو بانقضاء مثل العدة إن لم يعرض الإسلام عليه .

﴿ و ﴾ إذا عرض الإسلام على الذى لم يسلم منهما فامتنع وقد كان مضت مثل المدة فى حق الصغير قبل بلوغه أو مضى بعضها فى حقه أو فى حق الكبيرين فبانت بالعرض وجب أن ﴿ تستأنف ﴾ الذمية ﴿ المدخولة ﴾ والمخلو بها ـ العدة ـ ولا تبنى على ما قد مضى من حيضها بل تستقبل المدة من يوم العرض فامتنع . فإن لم تكن مدخولة فهى تبين إما بمضى مثل المدة وهى تأجيل لا عدة حقيقة كما قدمنا أو بعرض الإسلام فإذا عرض الإسلام على الآخر فامتنع بانت ولم يكن قد مضى شىء من المدة.

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الثانى ﴾ ﴿بتجدد الرق عليهما﴾ أى إذا تجدد الرق على الزوجين

---

(١) ويلزم الزوج النفقة فى العدتين إن أسلمت دونه اه ..

(٢) ويصح من كل شخص إلا مع التشاجر فالإمام أو الحاكم لأجل قطع الشجار اه .

انفسخ النكاح بينهما. مثال ذلك أن يكونا كافرين فى دار الحرب ولو مملوكين لحربى فيسبيهما المسلمون أو غيرهم أو كانا رقّين مسلمين لمسلم فسباهما أهل الحرب فإنهما يملكان فى الصورتين وينفسخ النكاح بتجدد الرق عليهما ﴿ أو على أحدهما ﴾ نحو أن يسبي الزوج وحده أو الزوجة وحدها . قال الإمام عليه السلام : وإنما قلنا « بتجدد الرق » احترازاً من انتقال الرق بالبيع ونحوه فإنه لا يوجب انفساخ النكاح سواء انتقل ملكهما معاً أم أحدها .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ يملك أحدهما الآخر أو بعضه ﴾ وذلك نحو أن تكون هي حرة وهو عبد فتشتريه أو ترثه أو يوهب لها أو نحو ذلك ، أو هو الحر فيملكها بأي هذه الوجوه فإن النكاح يرتفع بينهما بلا خلاف بين الأمة .

واعلم أنه لاينفسخ النكاح بأن يملك أحدهما الآخر أو بعضه إلا إذا كان ملك الرقبة لا المنفعة ﴿ نافذاً ﴾ كالبيع بغير خيار والإرث مع عدم الاستغراق ونحو ذلك فأما إذا لم يكن قد نفذ لم ينفسخ النكاح حتى ينفذ : مثال ذلك أن يزوّج الرجل ابنته من عبده ثم يكاتبه ثم يموت الأب قبل أن يوفى مال الكتابة فإنه يجوز له الوطء ولا ينفسخ النكاح بموت الأب لأن البنت لم تملك العبد ولا بعضه ملكاً نافذاً وإنما هو ملك موقوف فإذا عجز العبد عن إيفاء مال الكتابة انفسخ النكاح لأنها قد ملكته ملكاً نافذاً ، وإن أوْفَى المال لم ينفسخ ،وكذا لو اشترى المكاتب زوجته لم ينفسخ نكاحها حتى يعتق لأنه لا يملك ملكاً نافذاً حتى يعتق ، وهكذا لو زوّج ابنته من عبده ثم مات الأب وتركته مستغرقة بالدين فإنه لاينفسخ نكاح البنت حتى تملك العبد بأن يبرئ أهل الدين أباها أو يحصل قضاؤهم من جهة أخرى فحينئذ ينفسخ النكاح لأنها قد ملكته ملكاً نافذاً إلا أن يجعل الوارث خليفة الميت انفسخ النكاح بموت الأب. والعبرة بمذهبهما فإن اختلفا ترافعا إلى الحاكم لأجل قطع الخلاف بحكمه.

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ برضاع ﴾ طرأ بعد الزوجية ﴿ صيّرها محرّماً ﴾ بتشديد

الراء فى هذا الموضع نحو أن ترضع زوجها الصغير أو ترضعه أختها أو ترضع زوجة له أخرى صغيرة أو نحو ذلك وهكذا لو كانت هى الصغيرة فأرضعتها أم الزوج أو زوجته أو نحو ذلك .

﴿١٥٥﴾ ﴿فصـــــل﴾

فى أحكام نـكاح الذكور من المماليك ﴿ ويصح نـكاح العبد ولو ﴾ نـكح ﴿أربعا حرائر﴾ غير مولاته ، فهذا جائز عندنا ولا ينفذ إلا بأحد أمور أربعـة: ﴿ الأول﴾ ﴿ بإذن مالـكه المرشد ﴾ فإن لم يأذن له بالنكاح لم يصح نـكاحه ونعنى بالمالك المرشد البالغ العاقل لا القابض بعد الشراء فلو لم يكن مالـكه بالغاً عاقلاً قابضاً بعـد الشراء لم يصح نـكاح العبـد ولو أذن له لأنه لا حكم لإذنه وليس لولى الصغير أن يزوّج عبده ولا يأذن له فى النكاح إلا لمصلحة فلو عرف أن العبد يأبق إن لم يتزوّج وصلاحه ظاهر فله أن يزوّجه .

﴿ و ﴾ إن أذن السيد لعبـده إذناً مطلقاً نحو أن يقول أذنت لك فى النكاح أو نحو ذلك كان ﴿ مطلقه ﴾ متناولاً ﴿ للصحيح ﴾ من العقود والعبرة بمذهب العبـد المـكلف ، وإن كان صغيراً فبمذهب سيده ﴿ و ﴾ لزوجة ﴿ واحـدة فقط ﴾ تليق به بمهر المثل فلو عقد عقداً فاسداً لم يصح لأن لفظ الإذن بالنـكاح لا يتناوله إلا لعرف فى الجهة فتثبت له أحكام الفاسد وإن لم يجر به العرف فهو باطل. وقوله «واحدة فقط» فلو تزوّج اثنتين كان موقوفاً فيهما إن كانتا فى عقد وإن كانتا فى عقدين صح نـكاح الأولى وكان نـكاح الثانية موقوفاً ، وقولنا : تليق به بمهر المثل ، لأن الزائد على زوج من تليق فى ذمته .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ ﴿ بإجازته ﴾ ولو امرأة لـكن يشترط أن يجيز وهو ﴿ مستمر الملك ﴾ للعبد أو الولاية فأما لو كان قد تخلل بين عقـد النكاح والإجازة خروجه عن

ملك السيد لم تصح إجازته بعد ولو أجاز بعد أن رجع إلى ملكه وسواء خرج عن ملكه جميعه أم بعضه ما لم يرجع بما هو نقض للعقد من أصله ﴿ ومنها ﴾ أى ومن الإجازة ﴿ السكوت ﴾ من السيد حين يعلم بنكاح العبد مع العلم بالعقد وأن السكوت إجازة لا إذا جهل أو ظن أن الفسخ لا يصح منه أو سكت للتروى هل يجيزه فليس باجازة . ﴿ و ﴾ من الإجازة لو قال له ولو جاهلاً ﴿ طلق ﴾ فان ذلك إجازة للنكاح لأن الطلاق فرع على صحة النكاح ولو جهل السيد .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ من الأمور التى ينفذ بها نكاح العبد أن يتزوج بغير إذن مولاه ولم يعلم مولاه بالعقد حتى أعتقه فان عقد نكاح العبد ينفذ ﴿ بعتقه قبلها ﴾ أى قبل الإجازة ولو لم يصدر من سيده إجازة .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ بعقده له ﴾ أى يعقد السيد للعبد ﴿ ولو ﴾ كان العبد ﴿ كارهاً ﴾ والإكراه ضربان : أحدهما أن يعقد له وإن كره فانه يصح إذا كان السيد ذكراً . والثانى إكراهه على أن يتولى العقد فإنه يصح .

﴿ وما لزمه ﴾ للزوجة من مهر ونفقة وغيرهما ﴿ فعلى سيده إلا تدليسه ﴾ نحو أن يدعى أنه مأذون فى النكاح وليس بمأذون فى نفس الأمر فتزوج مع التدليس ودخل بها فما لزمه ﴿ ففى رقبته ﴾ لأن تدليسه جناية فيخير السيد بين أن يسلمه للزوجة بجنايته فتأخذه بمهرها أو يدفع لها مهرها المسمى إن لحقته الإجازة وإن لم تلحقه فالأقل من المسمى ومهر المثل . وأما لو كان المدلس غيره ولا بد من لفظ يوهم به الحرية كأن يقول عبدى أو مالى أو نحو ذلك فما لزمه ففى ذمته لأنه دين معاملة . وأما مجرد سكوته وعدم الإخبار بأنه عبد أو غير مأذون فلا يكون تدليساً بالحرية والإذن ﴿ و ﴾ ما لزمه فى العقد ﴿ الفاسد ﴾ وقد أذن له فى النكاح على الإطلاق ﴿ و ﴾ كذا ما لزمه فى العقد ﴿ النافذ بعتقه ﴾ نحو أن يتزوّج بغير إذن سيده فأعتقه المالك قبل علمه بالعقد فكل ما لزمه من مهر فى هاتين الصورتين ﴿ ففى ذمته ﴾ لا على سيده .

﴿ ويلحق الولد بأمه ﴾ حكماً وبأبيه نسباً فإن كانت حرة كان الولد حراً ولو كان أبوه عبداً وإن كانت مملوكة كان الولد مملوكاً لمالكها ولو كان أبوه حراً ﴿ فلا حق له عليه ﴾ أى فلا حق لولد العبد على أبيه ولا على سيد أبيه إلا أن تكون أمه مملوكة له .

﴿ و ﴾ ذلك الولد ﴿ يصح شرط حريته ﴾ فيكون حراً وسواء كان الشرط حال العقد أم بعده ولو بعد العلوق مع قبول سيد الأمَة ، وسواء كان الشرط من الزوج ولو عبداً بإذن سيده أم بغير إذنه أم كان الشرط من سيده بإذن العبد أم بغير إذنه أم من أجنبي .. ويصح اشتراط حرية بطن دون بطن ﴿ لا ﴾ أنه يصح من السيد فى ولد عبده شرط ﴿ تملكه ﴾[1] يعنى لا يصح من مولى العبد أن يشرط أن يكون الأولاد بينه وبين مولى الأمَة لأنه تمليك معدوم، فإن كان مولى العبد زاد فى مهرها لأجل هذا الشرط أسقطت الزيادة على المهر إذا لم يف به .

﴿ ويبطل ﴾ شرط حرية الأولاد ﴿ بخروجها ﴾ كلها ﴿ عن ملك سيدها ﴾ إما ببيع أو هبة أو نحوها إذا وقع الخروج ﴿ قبل العلوق ﴾ من الزوج ولو عادت إلى ملك سيدها فأما لو باعها وقد علقت كان ولدها حراً لأنه قد كان وجد فتناوله العتق لكن للمشترى الخيار إن لم يعلم بعلوقها وشرط الحرية لأن ذلك عيب .

﴿ و ﴾ حكم العبد فى ﴿ طلاقه ﴾ ورجعته وفسخه ﴿ والعدة منه كالحر ﴾ فى أن الطلاق والرجعة والفسخ إليه لا إلى سيده ويملك من الطلاق ثلاثاً والعدة منه كالعدة من الحُرّ هذا مذهبنا .

﴿١٥٦﴾ ﴿ فصل ﴾

فى نكاح الاناث من المماليك ﴿ و ﴾ النكاح ﴿ فى ﴾ حق ﴿ الأمَة ﴾ ينفذ بأحد أمور ثلاثة: ﴿ الأول ﴾ ﴿ بعقد المالك المرشد ﴾ الموافق فى الملة الحلال، فإذا زوّج أمته

(١) بغير النذر والوصية ، يعنى فأما بهما فيصح اه :

نفذ النكاح سواء رضيت أم كرهت ، وهذا إذا كانت مملوكة خاصة له أو مدبرة .

﴿ و ﴾ إن كانت الأمة مملوكة لامرأة مكلفة لم يكن لها أن تزوجها بنفسها وإنما يزوّجها ﴿ وكيل ﴾ تلك ﴿ المالكة ﴾ فإذا زوّجها وكيل المالكة نفذ النكاح سواء رضيت الأمة أم لا وهذا التوكيل عندنا تمثيل للمولى لاتوكيل على سبيل الحقيقة فلهذا لايحتاج إلى إضافة إليها ولا يصح منها عزله ويصح أن يوكل غيره ولو لم يكن مفوضاً لأنه ولى ﴿ وولى مال الصغير ﴾ والمجنون ولى نكاح أمته فينفذ نكاح الأمة بعقد من ذكرنا ﴿ أو ﴾ عقد ﴿نائبهم﴾ فإن النائب عن هؤلاء يقوم مقامهم فى صحة تزويج الأمة لكن ليس لوكيل المالك أن يوكل إلا إذا كان مفوضاً .

﴿ الثانى ﴾ قوله ﴿ أو إجازته ﴾ يعنى أو إجازة مالك الأمة المرشد أو المالكة أو ولى مال الصغير أو إجازة الوكيل ولو لم يفوض لأن إليه تنفيذه ، وحكم إجازة نكاح الأمة ﴿ كما مر ﴾ فى إجازة نكاح العبد فى أنها لابد أن تكون الأمة مستمرة الملك أو الولاية من حين العقد إلى حين الإجازة . قال الإمام عليه السلام : فإن قال سيد الأمة أو سيدتها لزوجها الذى عقد بها بغير إذنه طلّقْها كان إجازة ولو كان جاهلا لذلك ﴿ إلا السكوت ﴾ فإنه لا يكون فى حق الأمة إجازة لنكاحها بخلاف العبد .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ مما ينفذ به نكاح الأمة هو أن تزوّج بعقد موقوف فينعقد نكاحها ﴿ بعتقها قبلها ﴾ أى قبل الإجازة لأن عتقها إجازة حيث كان العاقد فضوليًا فينفذ ولو كان العقد فاسداً .

﴿ و ﴾ يجب على سيد الأمة مع الطلب أن ﴿ يكرهها على التمكين ﴾ لأنه من باب الأمر بالمعروف ﴿ غالباً ﴾ احتراز من أن يكون زوجها مجذوماً أو نحوه فليس لسيدها إجبارها على تمكينه وكذلك لا يجب عليها تمكين سيدها من نفسها حيث يكون سيدها مجذومًا ﴿ لا العبد ﴾ فليس لسيده أن يجبره ﴿ على الوطء ﴾ إلا فى الإيلاء والعود فى الظهار والقسمة بين زوجاته فيجبره .

﴿ و ﴾ سيد الأمة يجب ﴿ له المهر ﴾ على زوجها متى استقر عليه لها بأحد الأمور التى تقدمت ﴿ وإن ﴾ عقد بها فى حال الرق و ﴿وطئت بعد العتق ﴾ وكذا بعد البيع فالمهر للسيد أيضاً سواء سمى لها مهراً أم لا وسواء كان النكاح صحيحاً أم فاسداً إلا إذا كان باطلاً فلها ﴿ إلا فى النافذ به ﴾ أى إذا تزوجت بغير إذن سيدها فأعتقها قبل أن يجيز فوطئت بعد العتق فإن المهر هنا لها لا للسيد ولو كان العقد وقع فى ملكه. ﴿ و ﴾ يجب أيضاً للسيد على زوج أمته ﴿النفقة ﴾ والكسوة والفطرة فإن كان حراً فعليه وإن كان عبداً فعلى سيده لكنها لا تجب إلا ﴿ مع التسليم المستدام ﴾ وأقل المستدام يوم وليلة متوالية فإذا سلمت يوماًوليلة متوالية استحقت الغداء أوالعشاء، فإن سلمت يوماً فقط أو ليلة فقط لم تستحق شيئاً ولو وطئها . ﴿و﴾ نفقة الأمة ﴿يصح﴾ من السيد ﴿ شرطها ﴾ على الزوج ﴿ مع عدمه ﴾ أى مع عدم التسليم المستدام فيلزم الزوج ذلك ﴿ و ﴾ يصح ﴿ العكس ﴾ أيضاً وهو أن يشرط الزوج أنه لا نفقة عليه ولو كانت مسلمة تسليماً مستداماً .

﴿١٥٧﴾ ﴿فصل﴾

فى أحكام الأمة المزوجة . واعلم أنه يجوز ﴿ المالك ﴾ أو المتولى من غيره ﴿ فيها كل تصرف[1] ﴾ من بيع أو هبة أو عتق وإجارة وكتابة واستخدام واستصحابها فى سفره لخدمته ويتبع الزوج إن أراد ونحو ذلك ﴿ إلا الوطء ﴾ ومقدماته ﴿ ومنع الزوج ﴾ فإنه لا يجوز لسيدها أن يطأها وهى مزوجة ولا فى العدة ولا يجوز له أن يمنع زوجها من وطئها فى الأوقات المعتادة ويلزمه تسليمها للوطء إلى دار الزوج حيث لاتستغرق المسافةالقدر الذى لايتسامح به فى المنفعة ومؤن التسليم، والرد على الزوج. ﴿ ومتى عتقت ﴾ الأمة المزوجة ﴿ خيرت﴾ بين فسخ النكاح أو البقاء سواء كان

(١) لا رهنا من غير الزوج وغير عبده فلا يجوز اه

الزوج عبداً أم حراً ﴿ ما لم تمكن ﴾ من وطء أو لمس أو تقبيل ﴿ عالمة بالعتق ﴾ ولو جهلت أن التمكين إجازة ﴿ و ﴾ عالمة ﴿ بثبوت الخيار ﴾ فإن مكنت وهى جاهلة للعتق أو لثبوت الخيار لم يبطل خيارها ﴿ كحرة نكحت على أمة ﴾ فإن الحرة إذا تزوجها رجل وتحته زوجة أمة ولو مطلقة رجعية فإن هذه الحرة يثبت لها الخيار فإن مكنته وهى جاهلة لذلك لم يبطل خيارها ﴿ ولا ينفسخ نكاح الأمة ﴾ التى تحته بنكاحه الحرة هذا قول الأكثر وهو المذهب .

﴿ و ﴾ الأمة المزوجة ﴿ متى اشتراها ﴾ زوجها الحر وقد كانت ولدت منه قبل ذلك ﴿ لم تصر أم ولد بما قد ولدت ﴾ من قبل أن يملكها . فأما لو اشتراها وهى حامل منه ولو من غلط ثم ولدت وقد ملكها صارت أم ولد ﴿ و ﴾ متى اشتراها زوجها انفسخ النكاح وجاز له أن ﴿ يطؤها بالملك ﴾ لا بالنكاح فقد ارتفع ﴿ ولو ﴾ كان قد طلقها قبل أن يشتريها ثم اشتراها وهى ﴿ فى عدة طلاقه ﴾ فله أن يطأها بالملك بعد الشراء ولا يجب عليه أن يستبرئها للوطء ﴿ إلا التثليث فبعد التحليل ﴾ أى إلا أن يكون قد طلقها ثلاثاً تخللتها الرجعة حتى بانت فإنه إذا اشتراها من بعد لم يجز له أن يطأها سواء كانت العدة باقية أم لا إلا بعد التحليل ﴿ بما سيأتى ﴾ فى باب الخلع آخر فصل ١٧٥ ، وذلك بأن تنكح زوجاً غيره على الشروط التى ستأتى إن شاء الله تعالى. قال الإمام عليه السلام: وإنما قلنا ﴿ فقط ﴾ لئلا يتوهم متوهم أنه إذا طلقها ثلاثاً فوطئها سيدها بعد العدة فقد حلت للزوج إذا اشتراها أو تزوجها مرة أخرى لأجل وطء السيد فإن ذلك لا يقتضى التحليل .

﴿ وأما ﴾ نكاح ﴿ المكاتبة فبرضاها ﴾ أى ليس لسيدها أن يزوجها إلا برضاها ويجب استبراؤها بحيضة وكذا المكاتب لا بد من رضاه فإن عقد السيد على المكاتبة بغير إذنها كان العقد موقوفا فإن عجزت نفسها انبرم ، وإن عتقت خيرت .

﴿ فرع ﴾ وإذا وطئ المكاتبة سيدها فلا حدّ عليه ويلزمه لها مهرها وتستمين

به على مال الكتابة فإن تساويا تساقطا وإذا علقت من هذا الوطء صارت أم ولد مع الدعوة وتعتق بالأسبق من موت السيد أو إيفاء مال الكتابة ، وإذا تزوجها سيدها برضاها جاز له وطئها لأنها إن عتقت فزوجة وإن لم تعتق فأمة مملوكة ﴿ وأم الولد به ﴾ أي برضاها وإنما يجوز تزويجها ويعتبر رضاها ﴿ بعد عتقها ﴾ واستبرائها بحيضتين كما سيأتي . فهذان الشرطان وهما عتقها ورضاها لا يصح تزويجها إلا بمجموعهما عندنا .

﴿ و ﴾ إذا زوجت المكاتبة برضاها واستبرائها بحيضة وأم الولد برضاها بعد عتقها كان ﴿ المهر لها ﴾ لا لسيدهما ولو كان الواطئ السيد إلا في النافذ بالعتق فإنه يكون المهر فيه للسيد ﴿ و ﴾ إذا كانت الأمة أو العبد موقوفين كانت ﴿ ولاية ﴾ نكاح ذلك الرق ﴿ الوقف إلى الواقف ﴾ له مع معرفته ووجوده ثم منصوبه ولياً أو وصياً ثم المتولي نحو أن يكون المملوك لمسجد فولاية نكاحه إلى ولي المسجد ثم الإمام أو الحاكم ﴿ و ﴾ لا يزوجها الواقف إلا بعد ﴿ أن يراضي المصرف ﴾ الموقوف عليه إذا كان ممن يصح مراضاته فلا يصح أن يعقد له ذكراً كان أم أنثى إلا بعد أن يرضى مصرفه لأن له حقاً فيه أو يراضي واليه نحو أن يكون المملوك لمسجد فانه يراضي ولي المسجد ﴿ والمهر ﴾ يكون ﴿ له ﴾ أي للمصرف وهو الموقوف عليه إذا كانت أمة ويكون المهر عليه لو كان المزوج عبداً ولكنها تعتبر المصلحة في زواج عبد الصغير والمسجد ونحوهما فلا بد أن يكون مصلحة تزويجه أولى من عدمه نحو أن يخشى إباقه . فان عقد على الأمة الموقوفة أو للعبد من دون رضاء المصرف أو واليه كان العقد موقوفاً حقيقة على إجازته فينفذ أو رده فيبطل .

﴿١٥٨﴾ ﴿ فصل ﴾

في حكم الجمع بين الأختين ونحوهما في الوطء والملك وحكم تدليس الأمة على الزوج

وأحكام الاختلاف بين الزوجين. وقد فصل ذلك الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ ومن وطئ أمته ﴾ ولو مشتركة أو رضيعة أو أمة ابنه مع العلوق ﴿ فلا يستنكح أختها ﴾ من نسب أو رضاع ونحوهما في الطرفين معاً، وهما حيث قد وطئ أمته أو عقد على امرأة فلا يجوز له بعد ذلك أن يعقد على أختها أو نحوها مما يحرم الجمع بينهما كما مرّ، وسواء كانت هذه الأخت حرة أم أمة فلو عقد على الأخت كان العقد باطلا حتى يخرج الأولى عن ملكه إنْ كانت أمة أو يطلقها إن كانت زوجة له ثم يعيد العقد على الأخرى لأن العقد الأول عليها باطل ﴿ و ﴾ لكن ﴿ له تملكها ﴾ أي يجوز له أن يتملك أختها بشراء أو غيره ولا يجوز له أن يطأها بعد أن قد وطئ الأولى أو نظر أو لمس أو قبل بشهوة حتى يخرج عن ملكه الأولى .

﴿ولا﴾ يجوز للرجل أن ﴿ يجمع بين أختين ﴾ من نسب أو رضاع ﴿ونحوهما﴾ المرأة وعمتها وخالتها وهو المراد بقوله أول النكاح « بين من لو كانت احداهما ذكراً حرم على الاخرى » ﴿في﴾ نكاح أو في ﴿وطء وإن اختلف سببه﴾ يعني سبب جواز الوطء بأن تكون إحداهما موطوءة بالملك والأخرى بالنكاح فلا تأثير لاختلاف سبب جواز وطء إحداهما في جواز الجمع بينهما في الوطء باختلاف السببين بل يحرم وطؤهما معاً سواء كانتا زوجتين أو مملوكتين أو إحداهما زوجة والأخرى مملوكة ﴿ ومن فعل ﴾ أي ومن جمع بين أختين ونحوهما زوجتين أو مملوكتين له في وطء جاهلاً أو عالماً[1] ﴿اعتزلهما ﴾ معاً فلا يطأ بعد ذلك واحدة منهما ﴿حتى يزيل إحداهما﴾ جميعها أو بعضها ، كأن يتملك أمتين فيطؤها فينكشف أنهما أختان أو نحوها من رضاع ، أونسب ونحو أن تكون له زوجة ثم اشترى أمة أو بعضها فوطئها بالملك ثم انكشف أنها أخت امرأته أو عمتها أو خالتها من نسب أو رضاع فانه يلزمه هنا اعتزالها معاً حتى يزيل إحداها عن ملكه أو نكاحه زوالاً ﴿نافذاً﴾ فلو طلق الزوجة طلاقاً رجعياً أو باع

(١) ويعزر مع العلم ولا حد عليه اهـ

الأمة بيعاً له نقضه بخيار أو غيرذلك أو وهبها أو زوجها لم يجز له وطء أختها بذلك لأنه فى التحقيق يكون جامعاً بين أختين أو نحوها .

﴿ ومن دلّست على حرّ ﴾ أو عبد فأوهمته أنها حرة ليتزوجها فإن سكتت ولم تسئل فليس بتدليس فإن سئلت فسكتت كان تدليساً .فاهذه المسئلة أحد عشر حكماً قد استوفاها الإمام عليه السلام فى الأزهار .

﴿ الأول ﴾ قوله ﴿ فله الفسخ ﴾ يعنى يجوز للزوج ولو عبداً الفسخ إذا علم أنها مملوكة . .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ أن الزوج إذا فسخ ﴿ لزمه مهرها ﴾ بالدخول فى هذا النكاح المدلس فيه ، بالحرية إذا كان السيد وكّل من يزوجها أو أجاز فدلست بالحرية فالعقد صحيح ويلزم المسمى وللزوج الفسخ بالعيب سواء كان عبداً أم حراً يجوز له نكاحها، هذا إن جهلت أن النكاح مع التدليس لا يصح فإن علمت أنه حرام فلا شيء لها لأنها زانية وسواء كانت بكراً أم ثيباً إلا أن تكون مكرهة فإنه يلزم الزوج نصفه لأنه زان مع علمه لا مع جهله فيلزم المهر كاملا لجهله وإكراهها سواء كانت بكراً أم ثيباً .

﴿ والثالث ﴾ أنه لا يرجع بما تسلمه من المهر على أحد وإن كان التدليس جناية من المرأة لكنه قد استوفى ما فى مقابل المهر وهو وطؤها .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أنها إذا ولدت هذه الأمة منه ﴿ لحقه ولدها ﴾ أى لحقه نسبه وكان الولد حر أصل لا مملوكا ولو كان أبوه عبداً . ﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أنه إذا لحق الولد بالزوج كان ﴿ عليه قيمته ﴾ يوم الوضع لولى الأمة فإن لم يكن له قيمة يوم الوضع فبأقرب وقت يمكن تقويمه فيه ولا يلزم تسليم القيمة لسيد الأمة إلا ﴿ إن سلمت ﴾ له الأمة ﴿ بجنايتها ﴾ وذلك لأنها جنت عليه بالتدليس وجناية العبد تعلق برقبته فيلزم السيد تسليم رقبتها أو أرش ماجنت والأرش هنا هو قيمة الولد فإن سلم السيد الأمة بجنايتها استحق قيمة الولد وإن اختار الأمة أو تصرف مع العلم لزمه أرش جنايتها

وهو قيمة الولد فيتساقط الدينان حينئذ ﴿ السادس ﴾ قوله ﴿ فإن ﴾ بذل السيد هذه الأمة للزوج بجنايتها و ﴿ أباها ﴾ الزوج ورضي السيد ببقائها له ﴿ فا ﴾ للازم على الزوج أن يسلم ا ﴿ لزائد ﴾ من قيمة الأولاد ﴿ على قيمتها ﴾ فإذا كانت قيمتها يوم الوضع مثلا مائة وقيمة الأولاد يوم الوضع مائة وعشرة سلم الزوج العشرة للسيد إذ هو القدر الزائد على قيمتها فإن لم يرض السيد ببقائها له لزم الزوج جميع قيمة الأولاد بالغة ما بلغت وليس على السيد سوى تسليم الأمة بجنايتها وتكون هذه الأمة ملكاً للزوج.

﴿ والسابع ﴾ أن الزائد من قيمة الولد على قدر قيمة الأمة إذا سلمه الزوج للسيد رجع به على الأمة.

﴿ و ﴾ ﴿ الثامن ﴾ أنه لا يرجع على الأمة بذلك فى الحال بل ﴿ هو له فى ذمتها ﴾ يطالب به إذا عتقت.

﴿ والتاسع ﴾ أنه بعد أن ثبت فى ذمتها للزوج هذا الزائد الذى سلمه لسيدها فإنه ﴿ يسقط إن ملكها ﴾ أو بعضها فإذا أعتقها لم يكن له أن يطالبها به لأنه لا يثبت للسيد دين على عبده.

﴿ والعاشر ﴾ قوله ﴿ فإن استويا ﴾ أو كانت قيمة الولد أقل يعنى الدينين اللذين هما قيمة الولد وقيمة الأمة وامتنع الزوج من أخذ الأمة فرضى السيد ﴿ تساقطا ﴾ لاستوائهما جنساً وصفة ..

﴿ والحادى عشر ﴾ هو أن الأمة لا تصير بهذا الاستيلاء أم ولد للزوج ولو ملكها من بعد لأنه وطئها لا فى ملك ولا فى شبهة ملك. وقد مر فى الأمة المزوجة وإنما ذكرناه هنا استطراداً لبيان الأحكام فى المدلسة.

﴿الاختلاف﴾

بين الزوجين فيما يتعلق بالنكاح وتوابعه ، قال الإمام عليه السلام: ﴿ إذا اختلفا ﴾ فلا يخلو إما أن يختلفا فى العقد أو فى توابعه : فإن اختلفا فى العقد فإما أن يختلفا فى ثبوته ، أو فى فسخه ، أو فى فساده ، هذه ثلاثة أشياء : أما حيث اختلفا فى ثبوته ﴿ فالقول لمنكر العقد ﴾ منهما إما الزوجة أو الزوج مع اليمين عليه لأن الأصل عدم العقد ، فإن كان الزوج فيمينه على القطع إذا تولّى العقد بنفسه ، وإن وكل غيره فيمينه على العلم . وأما الزوجة فيمينها على العلم لأنها تتعلق بفعل غيرها وهوالولى ولو حضرت العقد . والبيّنة على مدعى حصول النكاح منهما لأنه خلاف الأصل وإذا بيّن الزوج بالنكاح مع إنكارها فإنها تسقطعنه حقوقها لذلك، وفائدة الدعوى من الزوج للعقد ثبوت أحكامه وإن كان إنكارها رداً للحقوق من جواز الوطء وغيره . ومن الزوجة ثبوت الحقوق لها إذا بينت أو نكل الزوج . وإنكار الزوج للعقد « فرقة لا طلاق » فلا تحسب عليه طلقة . قال فى البيان : فإذا لم تبين لزمتها العدة إن أقرت بالدخول أو الخلوة ولا نفقة لها فيها لأنه لم يثبت النكاح بالبينة . وإن بينت بالعقد والمهر والدخول استحقت المهر كاملا وإن بينت بالعقد والدخول استحقت مهر المثل ونفقة المدة فى الصورتين معا وإن بينت بالعقد فقط أو به وبالمهر استحقت نصف المهر حيث بينت به وإلا تبيّن به فلا متعة ولا تحسب طلقة لأن إنكار الزوج لم يكن طلاقاً وهذه فائدة قولنا آنفا « فرقة لا طلاق » ولا متعة حيث لم تبيّن بالمهر .

وحيث يكون المدعى الزوج فإن كانت فارغة وحلفت له ولم يبيّن فلا عمل على ما ادعاه لعدم البيّنة منه ، ويمين المرأة ، وإن بيّن أو نكلت عن اليمين ثبتت له أحكام الزوجية وهى نافية للحقوق . وإن كانت تحت زوج فكذا أيضاً يلزمها اليمين لأنها إذا نكلت كان ذلك إقراراً بالنكاح للمدعى غير من هى تحته ويكون إقرارها موقوفاً حتى تنفصل ممن هى تحته فتثبت زوجة لهذا المدعى . وتصح الدعوى على الزوج الذى

هي تحته وعليه اليمين فإن حلف بقيت زوجة له حتى تبين منه، وإن نكل ظهرت فائدة نكول الزوجة في الحال فتكون زوجة للمدعي وتعتد من ماء الذي هي تحته . وحيث تحلف الزوجة والذي هي تحته وبيّن المدعي ثبت نكاحها للزوج المدعي وحيث تقر المرأة بالزوجية لغير من هي تحته لا نفقة لها ممن هي تحته لأنها نافية لثبوتها مع إقرار من أقرت له بالنكاح ودعواه كما في الإقرار من اعتبار مصادقة المقر له ، وأما الزوج الآخر المقرة له وليست تحته فكذلك أيضاً لا يلزمه لها نفقة ولا غيرها لأنها كالناشزة منه، ولو كانت تحت الزوج غير المقر له بحكم حاكم لعدم تسليمها له وعدم جوازه شرعا ، قال في شرح التذكرة وهو حاصل مفيد : والصحيح أنه يصح الدعوى عليهما وعلى الزوج الذي هي تحته وتحليفهما فإن أقرا أو نكلا أو بيّن المدعي أنها زوجته ثبت نكاحها للزوج المدعي، وإن حلفا فظاهر وإن أقر هو وأنكرت ولم يبين المدعي وحلفت بطل نكاحها منهما معا وإن أقرت هي أو نكلت وحلف من هي تحته ولم يبيّن المدعي فانها تتوقف حتى تبين. قال في البيان وهي ترث الخارج وهو المدعي ولا يرثها ويرثها الذي هي تحته وهو الداخل ولا ترثه .

﴿ فرع ﴾ قال في البيان: وإذا تنازع رجلان في امرأة حكم بها لمن بيّن منهما ، وإن بيّنا معا وأرّخا فللمتقدم، وإن أرخ أحدهما فقط حكم له بها، وإن أطلقا معا حكم بها لمن هي تحته لأنه دليل التقدم وهي في يد نفسها فلا يقال بيّنة الخارج أولى . وإن لم تكن تحت يد أحدهما حكم لمن أقرت له منهما فان لم تقر لأيهما كان كما لو بيّنا، وإن حلفت لهما بطلا أو حلفت لأيهما ونكلت عن الثاني حكم بها لمن نكلت عنه وتكون يمينها على العلم لا على القطع لأنها على فعل غيرها وهو العقد من الولي ولو كانت حاضرة كما مر قريبا سواء كانت كبيرة أم صغيرة فتحلف بعد بلوغها .

﴿ و ﴾ إذا اتفق الزوجان على وجود سبب فسخ النكاح وادعى أحدهما الفسخ به كان القول لمنكر ﴿ فسخه ﴾ مع يمينه والبيّنة على مدعيه في وقت متقدم وذلك كأن

يزوّج الصغيرة غير أبيها ثم بلغت وعلمت ومضى عليهـا مجلس البلوغ والعلم فادعت انها قد فسخت حين بلغت وأنكر الزوج ذلك فالقول قول الزوج والبيّنة عليها لأن الأصل عدم الفسخ . وكذا الأمة لو زوّجت ثم عتقت وادعت الفسخ فالحكم كذلك ومما يلحق بدعوى الفسخ لو زوّج البكر البالغة العاقلة أبوها أو غيره من سائر الأولياء ثم بلغها النكاح ثم اختلفا فقال الزوج سكتّ حين بلغك خبر النكاح فالعقد صحيح ، وقالت رددت العقد حين بلغنى فهو مفسوخ بمعنى أنه غير ثابت لعدم رضاها فالقول قول الزوج لأن السكوت رضا فى حق البكر فكان القول للزوج أنها لم ترد والبينة عليها لأنها تدعى خلاف الأصل وهو السكوت . وكذا لو كان المدعى للسكوت هى الزوجة وقال الزوج بل أنكرت فالقول لها والبينة على الزوج لا إن قالت لا علم لى إلى الآن فالقول لها لأن الأصل عدم العلم وكذا لو قالت لا أعلم أن لى الخيار وأن الرضاء إلى فإنه يكون القول قولها لأن الأصل عدم علم النساء بذلك فى الأغلب إلا أن تكون مخالطة لأهل العلم فالظاهر علمها بذلك . وأما الثيب فلما كان المعتبر النطق فى رضاها فالقول قولها أنها لم ترض بالعقد إذ الأصل عدم النطق وهو السكوت والبينة على الزوج برضاها بالنطق .

﴿ و ﴾ إذا ادعى أحد الزوجين أو ورثة أحدهما أو جميعهما أن العقد فاسد نحو أن يقول كان بغير ولى أو بغير شهود أو شهوده فسقه وأنكره الآخر فالقول قول منكر ﴿فساده﴾ وبطلانه منهما والبينة على مدعى الفساد إذ الأصل عدم الفساد ويعتبر فى أداء الشهادة أن يشهدوا على المنكر أنه أقرّ بالفساد وأنه لا عقد غيره أو يتصادق المدعيان على أنه لم يكن بينهما إلا عقد واحد فإن شهدوا بالفساد على الإطلاق لم يحكم بشهادتهم حملاً على السلامة وأنه قد وقع عقد غيره صحيح ﴿ ومنه ﴾ أى من دعوى فساد العقد أن تقول المرأة ﴿ وقع ﴾ العقد ﴿ فى الكبر ﴾ يعنى وهى كبيرة بالغة ﴿ ولم أرض ﴾ به نطقاً أو سكوتاً فهى هنا تدعى فساد العقد لأن دعوى اختلال شرط

كدعوى الفساد ﴿ وقال ﴾ الزوج بل وقع العقد من الأب[1] ﴿ فى ﴾ حال ﴿ الصغر فيلزم ﴾ العقد عليهما وهى صغيرة وإن لم ترض نطقاً ولا سكوتاً فالقول له والبينة عليها إذ مرجع دعواها إلى اختلال شرط وهو يقتضى فساد النكاح هذا مع التاريخ للعقد إلى وقت معين محتمل للصغر والكبر وسواء كانت بكراً أم ثيباً، وأما مع الإطلاق وعدم التاريخ أو كان التاريخ إلى وقت لا يحتمل الصغر فكذا القول للزوج إن كانت بكراً وقد مرّ إذ الأصل عدم النطق بالرد، وان كانت ثيباً فالقول لها لأن الأصل عدم النطق المعتبر فى رضاها ولأنهما قد تصادقا على العقد وعدم الرضا جملة وإنما هى أضافت عدم الرضى إلى حال الكبر وهو يقول هى صغيرة لا معنى لرضاها . وكذا لو كان الزوج هو المدعى أن العقد فى الكبر ولم ترض الزوجة وقالت وقع فى الصغر فيلزم بأن القول قولها والبينة على الزوج إلا مع الإطلاق وكانت ثيبا فالقول للزوج إذ الأصل عدم النطق بالرضى فإن اتفقا على أن العقد وقع فى الصغر وادعت أن العاقد غير الأب فيثبت لها الفسخ وهو ادعى أن العاقد الأب فلا يثبت لها ذلك فيقال كل واحد منهما مدّعٍ ومدعى عليه: فمن حيث إنّ الأصل الصغر فهو مدّعٍ، ومن حيث إنها تريد الفسخ فهى مدعية . قال الإمام عليه السلام تتميماً لأصل المسئلة ﴿ لا ﴾ إذا قالت المرأة وقع العقد ﴿ فى ﴾ حال ﴿ الصغر ﴾ وقد بلغت الآن ﴿ فأنسخ ﴾ العقد لأن لى الخيار حيث كان العاقد غير الأب فى الصغر فالقول قولها لأن الأصل الصغر ﴿ وقال ﴾ الزوج بل وقع العقد من غير الأب ﴿ فى ﴾ حال ﴿ الكبر ﴾ أى وأنت كبيرة ﴿ و ﴾ قد ﴿ رضيتِ ﴾ أنت بالنكاح فليس لكِ أن تفسخى الآن فالبينة على الزوج وليست المرأة هنا كمدّعية الفساد فلا يكون القول لها بخلاف ما لو قالت وقد فسخت عند أن بلغت أو عند أن علمت أن لى الخيار فالقول له وقد مرّ قريباً .

﴿ و ﴾ القول ﴿ لمنكر تسمية المهر ﴾ حيث قال أحدهما هو مسمى وقال الآخر لم يسم

(١) أو سائر الأولياء لأنها تدعى عدم الرضا اﻫ

لأن الأصل عدم التسمية فالقول لمنكرها والبينة على المدعى كذلك سواء كان قبل الدخول أم بعده وسواء كانت الزوجة باقية فى نكاحه أو مطلقة فإن اختلفا فى صحة التسمية فالبينة على مدعى فسادها وإن اتفقا على التسمية وعلى نسيانها رجع إلى مهر المثل ﴿ و ﴾ هكذا إذا اختلف فى التعيين والقبض فالقول قول منكر ﴿ تعيينه وقبضه ﴾ لأن الأصل عدم التعيين وعدم القبض. وفائدة التسمية استحقاق التنصيف إذا طلق قبل الدخول ، وفائدة التعيين استحقاقها الفوائد وصحة التصرف والتضمين وفائدة القبض الحدّ على الزوج إذا وطئ الأمة المصدقة عالماً أو جاهلا فإن كان المهر منفعة كان تسليم الرقبة تسليما للمنفعة .

﴿ و ﴾ إذا اتفق الزوجان أن المهر مسمى واختلفا فى قدره فالقول لمنكر ﴿ زيادته على ﴾ قدر ﴿ مهر المثل و ﴾ لمنكر ﴿ نقصانه ﴾ عنه فإذا ادعى الزوج أنه عشرون والمرأة أنه ثلاثون نظر فى مهر مثلها فان كان عشرين فالقول قول الزوج وإن كان ثلاثين فالقول قول المرأة. والمسئلة مبنية على أن الاختلاف بعد الدخول والتسمية وعلى أن المهر معلوم، فان جهل مهر المثل فالقول لمدعى الأقل وإلا فالقول قول الزوج فى الأطراف كلها . فإن كان التنازع قبل الدخول والطلاق فلها أن تمتنع منه حتى توفى مهر المثل أو يبين الزوج أنها رضيت بما ادعاه .

﴿ و ﴾ القول قول منكر القدر ﴿ الأبعد عنه زيادة و ﴾ الأبعد عنه ﴿ نقصاناً ﴾ مثال الأبعد عنه فى الزيادة أن يكون مهر المثل عشرة دنانير وتدعى المرأة أنه سمى عشرين والزوج يقول بل خمسة عشر فالقول قوله لأنه منكر للقدر الأبعد عن مهر المثل فى الزيادة . ومثال الأبعد عنه فى النقصان أن يكون مهر المثل عشرين فتدّعى الزوجة أنه سمى لها خمسة عشر ويدعى الزوج أنه سمى لها عشرة فالقول قولها لأنها منكرة للقدر الأبعد عن مهر المثل فى النقصان .

﴿ فإن ادّعت ﴾ المرأة ﴿ أكثر ﴾ من مهر المثل ﴿ وهو ﴾ ادّعى أنه سمى لها ﴿ أقل ﴾ من مهر المثل ﴿ أو ﴾ ادعى أنه سمى لها قدر مهر ﴿ المثل ﴾ أو سمى أكثر منه حيث خالعها عليه ﴿ فبيّنا ﴾ أى فبين كل واحد منهما على صحة دعواه ﴿ حكم بالأكثر ﴾ لأنه خلاف الظاهر فى الوجهين معا . وهذا إذا لم تتكاذب البينتان بأن يضيفا إلى وقت واحد أو يتصادق الزوجان أنهما لم يعقدا إلا عقداً واحداً فان تكاذبتا رجع بعد التحالف أو النكول إلى مهر المثل إذا كان التداعى بعد الدخول ، وقبل الدخول المتعة، وإذا لم تتكاذب البينتان فحكم بالأكثر فلا بد من حملهما على عقدين بينهما وطء وطلاق بائن أو رجعى وانقضت العدة ليصح العقد الثانى فكأنها تاركة لدعوى مهر أحد العقدين لاستيفائها له أو نحوه لما ادعت الأكثر فقط مع الحمل على ذلك ويلزم لها الأكثر على أحد العقدين .

﴿ فرع ﴾ قال فى نور الأبصار : « لو قامت البينة على أنه عقد عليها يوم الخميس بعشرين ويوم الجمعة بثلاثين وطلبت المهرين معاً فإنه يلزم ذلك فان قال إنما عقد يوم الجمعة تأكيداً فان الظاهر معها لأن المغايرة أولى وهو يجوز أنه خالعها ثم عقد يوم الجمعة عقداً آخر، وهكذا إذا باع سلعة بعشرين ثم باعها بثلاثين لجواز أنها عادت إلى البائع بوجه مملك » .

﴿ فرع ﴾ وإذا عقد النكاح على مهر ثم عقد عقداً آخر على مهر أكثر لأجل السمعة أو كان العكس من ذلك الأول هو الأكثر لأجل السمعة فالمذهب أنه يلزم الأكثر فى الصورتين ويكون العقد الثانى بالأكثر كالزيادة هذا هو المختار .

﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يقيما البينة معاً ﴿ فللمُبيِّن ﴾ أى فإنه يحكم لمن أقام البينة منهما ولا يمين لأن البينة محققة ﴿ ونحوه ﴾ أى ونحو المبين يحكم له والذى نحو المبين هو الزوج حيث ادعى مهر المثل وهى أكثر فانه يحكم لها مع يمينه الأصلية لنفى دعوى صاحبه والمردودة لو طلبها من عليه الأصلية منه إذا لم يقيما البينة لأن الظاهر معه،

وكذلك إذا ادعى أقل من مهر المثل وهى أكثر ولم يبين واحد منهما فإن من حلف منهما دون صاحبه أصلاً ورداً ويكفى على نفى ما ادعاه الآخر ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن كل واحد منهما مبيّناً ولا نحو المبين وذلك حيث يعجزان معاً عن البينة وحلفا أو نكلا فإنه يجب الرجوع إلى الوسط وهو ﴿ مهر المثل ﴾ مع الدخول لا قبله فى المتعة لأن الاختلاف يبطل التسمية والحاكم مخير فى الابتداء باليمين إن شاء بدأ بتحليف الزوج على القطع إذا عقد بنفسه وعلى العلم إذا وكل، وإن شاء بدأ بتحليف الزوجة على العلم سواء حضرت العقد أم لا لأنها على فعل الغير . وتكون اليمين على نفى ما ادعاه الآخر .

﴿ و ﴾ القول ﴿ للمطلّق قبل الدخول فى قدره ﴾ أى إذا طلق قبل الدخول أو بعده حيث لا يعرف قدر مهر مثلها ثم اختلفا فى قدر المهر فالقول قول الزوج على أنه عشرة دراهم فما فوق وليس له النقص من عشرة دراهم فيكون عليه خمسة قياساً على المتبايعين إذا اختلفا فى قدر الثمن فالقول للمشترى مع يمينه بعد قبض المبيع لأن العقد فى النكاح بمنزلة القبض، إذ لو لم يكن بمنزلة القبض كان القول قولها كما أن القول فى قدر الثمن قول البايع إذا اختلفا قبل تسليم المبيع .

﴿ وإذا اختلفا فى ﴾ مهر ﴿ معين ﴾ نحو أن يمهرها بقرة أو ضيعة أو داراً أو عبداً أو بعضه ﴿ من ذوى رحم لها ﴾ محرم من النسب أما أخوها أو أبوها ولها أخ وأب مملوكان للزوج فاختلفا فقال لها أمهرتك أخاك وقالت بل أبى أو نحو ذلك فإنه إذا أقام أحدهما البينة على دعواه ﴿ عمل بمقتضى البينة ﴾ فإن بينا معاً عمل ببينة الزوج فيعتق من أقر به ويكون ولاؤه لبيت المال ويعمل ببينة الزوجة ويكون ولاؤه لها وتحمل البينتان على السلامة وأنه وقع عقدان بينهما وطء وطلاق بائن ويكون كل منهما مدّعياً ومدّعى عليه فمن بيّن حكم له ﴿ فإن عدمت ﴾ البينة منهما معاً ﴿ أو ﴾ أقام الزوج البينة على دعواه وهى أقامت البينة على دعواها ﴿ تهاترتا ﴾ أى تساقطتا إذا أضافتا إلى وقت واحد أو

تصادق الزوجان على أن العقد واحد ﴿فلها﴾ بعد التحالف أو النكول ﴿ الأقل من قيمة ما ادعت﴾ يوم العقد ﴿ومهر المثل﴾ إذا كان معلوماً فإن كان قيمة ما ادعت[1] أنه أصدقها إياه أقل من مهر مثلها استحقت قيمته على الزوج وإن كان مهر مثلها أقل استحقته فقط وذلك لأن البينتين لما تساقطتا بطلت التسمية فرجع إلى مهر المثل إن كان معلوماً وإن كان مجهولا فالأقل لأن الأصل براءة الذمة ، فإن استويا خيّر الزوج إن شاء سلم قيمة ما ادعت وإن شاء سلم مهر المثل وبقي الذي ادعته مملوكاً لسيده ، وإنما تستحق ذلك بحيث كان قد دخل بها فإن لم يكن قد دخل بها لم تستحق شيئاً إذا طلقها إلا المتعة ﴿ ويعتق من أقرّ به ﴾ الزوج أنه أصدقه إياه وهو الأخ ﴿ مطلقاً ﴾ أي سواء صادقته الزوجة أم لا ولو قبل الدخول فيرجع عليها بالأقل من نصف قيمة الأخ .

﴿ وولاء من أنكرته ﴾ الزوجة ﴿لبيت المال﴾ وذلك لأنه عتق باقرار الزوج أنها قد ملكته وهي رادة الملكه فلم يكن الولاء لها لأنها منكرة ولا للزوج لأنه ليس بالمعتق فكان لبيت المال حيث لاوارث له غيرها من النسب. والمراد بالولاء هنا الميراث وأما هي فلا ترث منه شيئاً لأنه عندها عبده وهي مكذبة للزوج ﴿ والبينة على مدعي الإعسار للإسقاط ﴾ يعني أن من عليه حق لغيره من مهر أو دين أو زكاة في ذمته أو نحو ذلك وادعى الإعسار ليسقط عنه ذلك الحق في الحال فالبينة عليه في ذلك ولذا لا تقبل البينة منه إلا بعد حبسه حتى يغلب الظن بإفلاسه مع يمينه كما سيأتي إن شاء الله تعالى في المعسر آخر فصل ٣٩٢ .

﴿ و ﴾ إذا ادعى أنه معسر ليستحق ﴿ بعض الأخذ ﴾ نحو أن يدعي الإعسار ليلزم قريبه الموسر نفقته فإنه لا يقبل منه إلا ببينة من غير حبس هنا وأما بعض الأخذ فالقول قوله نحو أن يدعي الفقر ليأخذ الزكاة. قال في الكواكب وجه الفرق في الصورتين أنه في الأولى يدعي حقاً على غيره وهو وجوب النفقة على القريب الموسر

(١) هذا حيث قيمة ما ادعت عشرة دراهم فصاعداً أي عشر فقال لأنها قد رضيت بالنقص اهـ

بخلاف الثانية فانه مدعى الفقر ولا يلزم الغنى الصرف إليه . وإنما تجب البينة ﴿ مع اللبس﴾ فى حاله هل هو موسر ومعسر فى الوجوه جميعاً ، والحاصل إن كان ظاهره اليسار بيّن مطلقا إلا أنه فى الإسقاط لا تقبل إلا بعد حبسه ، وفى الأخذ تقبل بلا حبس سواء كان يتضمن إلزام الغير الإعطاء أم لا ، ومن ظاهره الإعسار قُبل قوله مطلقا فى الأخذ فى الصورتين ، والظاهر يثبت من حاله بعدم التصرف فى الأموال وتخليه منها أو بحكم حاكم وهو أقوى .

﴿١٥٩﴾ ﴿ باب ﴾

فى استبراء الأمة وما يتعلق به . ﴿و﴾ اعلم أنه يجب ﴿على واهب الأمة وبائعها[1]﴾ وكذا من أراد نقلها عن ملكه إلى ملك غيره بوجه ما ـ فيجب عليه استبراؤها لذلك الإخراج فيدخل النذر والصدقة وغيرهما من وجوه التمليك لا من أراد عتقها ووقفها أو كان المشترى ذا رحم لها تعتق عليه فلا يجب عليه الاستبراء ، ووجوب الاستبراء قبل الإخراج على المالك ، والمراد المملك ليدخل الولى والوكيل والفضولى . ﴿ مطلقا ﴾ أى سواء كان الواهب والبائع رجلا أو امرأة وسواء كانت المبيعة بكراً أم ثيبا وسواء كانت موطوءة أم لا تصلح للجماع أم لا فان كان المالك صغيراً أو مجنونا أومسجداً لزم الولى إذا أراد البيع ونحوه ﴿ استبراء غير الحامل والمزوجة ﴾ مدخولة أم لا ﴿ والمعتدة ﴾ فأما هؤلاء الثلاث فلا يجب لهن استبراء. والمراد بالحامل من غير سيدها أو منه حيث لا يلحق النسب كمن زنى ، لا لو لحقه فلا يتصور بيعها مع الحمل لأنها أم ولد .

وأما مدة الاستبراء فيجب استبراء ﴿ الحائض بحيضة ﴾ أى متى عزم على هبتها

(١) والبيع بغير استبراء فاسد مع الجهل باطل مع العلم. وأما الهبة والنذر والصدقة بغير استبراء فباطل لا فاسد اهـ

أو بيعها تربص بعد ذلك العزم حتى تحيض حيضة وتغتسل أو تتيمم للعذر أو يمضى عليها وقت صلاة اضطرارى ولاعبرة بالإختيارى لجواز البيع وأماجواز الوطء للمشترى فلا بد من الغسل أوالتيمم . نعم فإن كانت حين عزم على بيعها حائضاً استبرأها بحيضة أخرى ﴿ غير ما عزم ﴾ على بيعها وهى ﴿ فيها ﴾ يعنى فى الحيضة فلا يعتد بها يعنى استبراء بل لابد من حيضة أخرى غيرهذه ، ولا تجب نية الاستبراء بل لو عزم على البيع ونحوه ومضت حيضة بعد العزم كانت استبراء فيجوز البيع ونحوه بعدها ولو استبراء لأمر جاز أن يفعل غيره كالتزويج وقد استبرأ للبيع ولا يبطل الاستبراء بالإضراب ما لم يطأ بعده .

﴿ و ﴾ إذا كانت الأمة من ذوات الحيض وهى الآن ﴿ منقطعة لعارض ﴾ طرأ عليها سواء عرف العارض أم لا لأجل اليأس فإنها تستبرأ ﴿ بأربعة أشهر وعشر ﴾ إذ هى أكثر العدد الذى يعلم به براءة الرحم ولو كان ذلك العارض معروفاً مهما مضت المدة هذه قبل عود الحيض فإن أتى الدم قبل مضيها استبرأها به ﴿و﴾ استبراء ﴿غيرها﴾ يعنى غير الحائض والتى انقطع حيضها لعارض وهى الصغيرة والآيسة والضهياء والمستحاضة الناسية لوقتها وعددها أوالوقت فقط ﴿بشهر﴾ فإذا مضى الشهر بعدالعزم جاز العقد عليها بعد ذلك .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ على منكحها ﴾ أن يستبرئها ﴿للعقد﴾ متى أراد أن يتزوجهاسواء كان المالك لها صغيراً أم كبيراً ذكراً كان أو أنثى متقادماً عليه ملكه أم متجدداً فإن لم يستبرئها كان النكاح فاسداً مع الجهل أو باطلا مع العلم .

﴿ ومن تجدد له ﴾ ولو بالقسمة ﴿ عليها ﴾ أو على بعضها ﴿ ملك ﴾ أى من تجدد له على الأمة أو بعضها ملك بأن يرثها أو يشتريها أو يسبيها أو توهب له . فاذا أراد بعد تجدد الملك البيع أو الوطء أو التزويج لها وجب استبراؤها ﴿ لا ﴾ إذا تجدد له عليها ﴿ يد ﴾ فقط بأن تكون فى يد غيره ثم رجعت إلى يده نحو أن تكون معارة

أو مؤجرة أو مكاتبة عجّزت نفسها أو مغصوبة أو مرهونة أو آبقة ثم رجعت إلى يد مالكها فانه لا يجب عليه استبراؤها إذا أراد وطأها بعد رجوعها ، وكذا إذا كانت مزوجة فطلقت قبل الدخول والخلوة وكذا إذ كانت كافرة فأسلمت فأراد وطأها فإنه لا يجب عليه استبراؤها فيجب على من تجدد له عليها ملك أن يستبرئها ﴿ للوطء بذلك ﴾ المتقدم ذكره وهو أن يستبرئ الحائض بحيضة غير ما عزم فيها ومنقطعته لعارض بأربعة أشهر وعشر وغيرها بشهر هذا حيث أراد البيع أو التزويج وأما جواز الوطء فيجوز إذا مضى قدر مدة الاستبراء من وقت تجدد الملك .

﴿ و ﴾ إذا كانت حاملا ولو من زنى استبرأها من يريد الوطء أو العقد للتزويج ﴿ بالوضع ﴾ والخروج عن النفاس وأما من يريد البيع فيجوز ولو قبل الخروج من النفاس.﴿ و ﴾ إذا كانت الأمة مطلقة أو توفى عنها زوجها فاستبراؤها بمضى ﴿ العدة ﴾ ولا يجب عليه أن يستأنف الاستبراء بعد انقضاء العدة ﴿ وكالبيعين المتقائلان والمتفاسخان ﴾ أى إذا أقال البائع المشترى أو تفاسخا كان ذلك كالبيع الجديد فلا يجوز للمقيل أن يقيل حتى يستبرئ كالبائع ولا يجوز للمستقيل أن يطأها أو يزوجها أو يبيعها حتى يستبرئها لأنه كالمشترى وكذلك الفسخ إذا وقع ﴿ بالتراضى فقط ﴾ لأنه يكون مع التراضى كالعقد الجديد فأما ما كان ينفسخ ولو لم يقع تراض كالرد بالرؤية وبخيار الشرط مطلقاً وبالعيب والفساد إذا فسخا بحكم حاكم فقط فإنه فى هذه الصور ليس بعقد جديد بل فسخ للعقد من أصله فلا يجب الاستبراء على واحد منهما. فأما الفسخ بالعيب المجمع عليه أو الفساد قبل القبض فإنهما كالفسخ بالحكم فلا يجب استبراء .

﴿ و ﴾ هؤلاء الذين وجب عليهم الاستبراء من بائع أو واهب أو نحوهما يجوز ﴿ لهم الاستمتاع ﴾ من الأمة فى مدة الاستبراء لكن يستمتعون ﴿ فى غير الفرج ﴾ ما لم تكن حاملاً ولو من زنًى فلا يجوز الاستمتاع لأن استبراءها بالوضع ، فأما

الاستمتاع فى الفرج فيمنع من صحة الاستبراء بالنظر إلى البائع وأما المشترى فيأثم ولا يلزم الاستئناف ﴿ إلا مشترياً ونحوه ﴾ كالمتهب والغانم والوارث فلا يجوز له الاستمتاع منها ﴿ و ﴾ لو باللمس فى مدة الاستبراء إذا كان ﴿ يجوز الحمل ﴾ فيها أى يجوز أن مثلها تعلق فأما إذا كان لايجوز ذلك بأن تكون صغيرة أو آيسة جاز له الاستمتاع ذكره أبو العباس وأبو طالب ورواه فى التقرير عن المنتخب وهو المختار للمذهب .

﴿ وتجوز الحيلة ﴾ فى إسقاط وجوب الاستبراء ، والحيلة فى ذلك أن يزوّجها البائع عبداً أو حراً حيث يجوز ثم يبيعها وهى مزوجة ثم يطلقها العبد قبل الدخول والخلوة وفائدتها سقوط الاستبراء عن المشترى فيجوز له الوطء بعد طلاق الزوج والبيع قبل الطلاق من غير استبراء فأما على البائع فلا يسقط عنه لأنهم يوجبون الاستبراء .

﴿١٦٠﴾ ﴿ فصل ﴾

فى حكم وطء الإماء ولحوق النسب لأجله أولا ، ووجوب الحد وسقوطه : أما لحوق النسب فقد فصّل ذلك الإمام عليه السلام بقوله: ﴿ومن وطئ أمة﴾ بأحد سببين ﴿ الأول ﴾ أن تكون ﴿ أيّماً ﴾ بنكاح صحيح كما مر تحقيقه أول كتاب النكاح ، والأيّم هى التى ليست تحت زوج ولا معتدة ولا حامل من غيره لأنها ليست بأيّم ما دامت حاملاً ﴿ والثانى ﴾ أن يكون ﴿ له ملك فى رقبتها ﴾ لا فى منفعتها ﴿ ثبت النسب ﴾ له سواء كان الوطء جائزاً أم غير جائز كالمشتركة والمكاتبة ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن الوطء بنكاح صحيح أو ﴿ ملك ﴾ فى رقبتها ﴿ فلا ﴾ يثبت النسب سواء كان عالماً أو جاهلاً ﴿ إلا ﴾ فى ثمانى إماء فانه يثبت النسب للواطئ لهن ولو لم يكن له فيهن ملك ﴿ الأولى ﴾ ﴿ أمة الابن ﴾ أو البنت إذا وطئها الأب وهى غير مزوجة ولا معتدة

ولا حامل فإنها إذا ولدت منه لحقه النسب ﴿ مطلقاً ﴾ أى سواء وطئها عالماً بالتحريم أم جاهلا وهذا إذا لم يكن الابن قد وطئها أو قبلها أو نظر إليها لشهوة فإن كان قد جرى شيء من ذلك فزان يجب حده سواء علم أم لا .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانية ﴾ ﴿ اللقيطة ﴾ ولو حرة لأنها تشبه الغنيمة ولو كان الملتقط عبـداً .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالثة ﴾ ﴿ المحللة ﴾ وهى التى قال مالكها أحللت لك وطأها أو أبحت لك أو أطلقت لك لأنها تشبه المعقود عليها عقد نكاح ﴿ و ﴾ ﴿ الرابعة والخامسة ﴾ ﴿ المستأجرة والمستعارة ﴾ إذا كانت مستأجرة أو مستعارة ﴿ للوطء ﴾ وهذا قيد لها والمحللة لشبه هؤلاء الثلاث بالمعقود عليها لا إذا كانت مستأجرة أو مستعارة للخدمة أو مطلقا فانه لا يلحقه النسب فيحد ولو جهل التحريم ﴿ و ﴾ ﴿ السادسة ﴾ ﴿ الموقوفة ﴾ إذا وطئها من هى موقوفة عليه فإنه يلحق النسب ولا مهر عليه لأن له شبهة ملك لملكه منافعها . وكذا إذا وطئها الواقف لأن له شبهة الولاية . فأما لو وطئها ولى الوقف حد مع العلم والجهل .

﴿ و ﴾ ﴿ السابعة ﴾ ﴿ المرقبة المؤقتة ﴾ لأنها تشبه المرقبة المطلقة من حيث تناول إباحة منافعها جميعاً ، والمرقبة هى التى قال مالكها قد أرقبتك هذه الجارية شهراً أو سنة أو نحو ذلك ﴿ و ﴾ ﴿ الثامنة ﴾ ﴿ مغصوبة شراها ﴾ صوابه « تملكها » وهو جاهل كونها مغصوبة . أما إذا علم[1] كونها مغصوبة وظن أنها تحل له بالشراء من الغاصب قال الإمام عليه السلام فالأقرب أنه كجهله غصبها . فهؤلاء السبع المذكورات بعد أمة الولد يلحق النسب إذا وطئن ﴿ مع الجهل فيهن ﴾ جميعاً لا مع العلم فلا يلحق ولا بد من الدعوى فى هؤلاء الثمان ومصادقة سيد الأمة أو البينة على الإقرار بالوطء أو مصادقة الأمة كالعبد المأذون .

---

(١) وإذا هلكت إحدى هؤلاء السبع لم تصر أم ولد لأنه لم يستند إلى ملك صحيح ولا فاسد .

وأما سقوط الحد فقد فصّله الإمام عليه السلام بقوله: ﴿ ومهما ثبت النسب ﴾ ولحق بالواطئ ﴿ فلا حد ﴾ عليه ولو كان الوطء محظوراً ﴿ والعكس ﴾ وهو لزوم الحد ﴿ فى العكس ﴾ وذلك حيث لا يلحق النسب ﴿ إلا ﴾ فى سبع إماء فإنه لايثبت الحد مع عدم لحوق النسب ﴿الأولى﴾ ﴿المكرَه على وطئها﴾ من غيره فانه لايثبت النسب مع أنه لا حد عليه للإكراه ولا مهر إذ لم يبق له فعل ولا كانت بكراً مكرهة فإن بقى له فعل أو كانت بكراً مكرهة لزم المهر ورجع به على من أكرهه ﴿ والثانية ﴾ الأمة ﴿ المرهونة ﴾ رهناً صحيحاً إذا وطئها المرتهن فلا يلحق النسب به ولا حد عليه فإن كان الرهن فاسداً لزم الحد مع العلم والجهل ﴿ و ﴾ ﴿الثالثة﴾ الأمة ﴿المصدقة ﴾ إذا وطئها الزوج وقد عينت مهراً ﴿ قبل التسليم ﴾ إلى الزوجة ولا يسقط الحد فى هاتين إلا ﴿ مع الجهل ﴾ فأما لو وطئها المرتهن أو الزوج وهو عالم بالتحريم لزمه الحد ﴿ و ﴾ ﴿ الرابعة ﴾ ﴿ المسبيّة ﴾ إذا وطئها أحد الغانمين أو غيرهم ممن حضر الوقعة ﴿ قبل القسمة ﴾ وإنما يسقط عنه الحد لأن له فيها نصيباً . وأما كون النسب لم يلحقه فلأن نصيبه فيها غير متعيّن قبل القسمة لجواز مصيرها سهمًا لغيره ، فان لم يكن إلا هى فلجواز التنفيل .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامسة ﴾ ﴿ المبيعة ﴾[1] بيعًا صحيحًا إذا وطئها البائع لها ﴿ قبل التسليم ﴾ للمشترى فلا حد عليه ﴿ والسادسة والسابعة ﴾ أمة بيت المال والمكاتبة إذا وطئها السيد ففى هذه الأربع الاماء الأخر لا حد ﴿ مطلقا ﴾ يعنى سواء كان الواطئ لهن عالماً بالتحريم أم جاهلا فان الحد يسقط عنه .

﴿ والولد ﴾ إذا حدث ﴿ من ﴾ الثمان الأماء ﴿ الأول ﴾ وهن اللواتى يلحق نسب الولد بالواطئ يكون الولد فيهن ﴿ حر ﴾ أصل لا عبداً ولو كان الواطئ عبداً ﴿ و ﴾ يجب ﴿ عليه ﴾ يعنى الواطئ ﴿ قيمته ﴾ يعنى قيمة الولد يوم الوضع لمالك الأمة

(١) وكذا المتصدق بها والمنذور بها اه

فأما إذا كانت موقوفة فوطئها الموقوف عليه فولدت فالولد حر ولا يلزمه شيء لأنه كالمغرور. وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من أمة الولد وكذا من أمة الأخ والأب إذا كانت محللة أو لقيطة أو نحوها كمغصوبة شراها الأخ وهي لأخته أو الأب وهي لابنته وكان شراؤها مع الجهل أنها مغصوبة . أو كانت مستأجرة أو مستعارة للأخ ونحوه من أخيه ونحوه للوطء فانه لايلزم الواطئ قيمة الولد لمالك الأمة في هذه الصور .

﴿ و ﴾ الولد ﴿ من ﴾ الست الإماء ﴿ الأخر ﴾[1] وهي المرهونة والمصدقة والمسبية والمبيعة وأمة بيت المال والمكاتبة ﴿ عبد ﴾ لعدم نسبه بالواطئ وإن سقط الحد وكذا سائر الموطوءات من الإماء كلها حيث لا ملك للواطئ في رقبتها إلا حيث دلت على الزوج فإن الولد منهما يكون حراً . ﴿ و ﴾ حيث يكون الولد عبداً ولم يلحق بأبيه في النسب فانه ﴿ يعتق ﴾ على أبيه ﴿ إن ملكه ﴾ أو بعضه بشراء أو نحوه ﴿ و ﴾ هؤلاء الإماء الإثنا عشر المذكورات في الأزهار والملحقات في الشرح يجب ﴿ لهن المهر ﴾ الحرة لها والمملوكة لسيدها على من وطئهن حيث لا يجب الحد ﴿ إلا المبيعة ﴾ إذا وطئها البايع قبل التسليم وكان البيع صحيحاً فانه لايلزمه لها مهر إذا اختار المشتري أخذها.

﴿١٦١﴾ ﴿ فصل ﴾

في أحكام وطء أمة الولد خاصة ﴿ وتستهلك أمة الابن ﴾ وكذا أمة البنت ولو مشتركة بينه وبين الغير ﴿ بالعلوق ﴾ من الأب الحر مع الدعوة ومصادقة الإبن بالوطء والعلوق ﴿ فيلزم ﴾ لذلك خمسة أحكام : الإثم لعصيانه بالوطء وعدم الحد علم أو جهل وتصيير أم ولد وتحرم على الابن مؤبداً ويلزمه ﴿ قيمتها ﴾ للولد يوم العلوق ومكانه ولو تعدت دية الحر لأنه من ضمان الأموال . ﴿ ولا ﴾ يجب للمالك قيمة الولد ولا

---

(١) أو من الأول مع العلم غير أمة الولد كما مر اه

﴿ عقر[١] ﴾ كما فى غالبا ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ تعلق بوطء الأب ﴿ فا ﴾ نه يثبت لذلك أحكام ثلاثة : بقاء الأمة على ملك الابن وله الوطء ويلزم الأب ا﴿ لعقر﴾ لذلك الوطء ﴿فقط﴾ يعنى ولا قيمة لعدم الاستهلاك ولا يتكرر العقر بتكرار الوطء إلا بتكرر تسليم العقر جميعه ويجوز للابن الوطء لأنها باقية على ملكه ، وإذا وطئها الأب مرتين فعلقت من الوطء الثانى لزم العقر بالوطء الأول فقط والقيمة بالوطء الثانى فلو التبس هل العلوق من الأول أو من الثانى فلا شيء عليه لأن الأصل براءة الذمة .

﴿١٦٢﴾ ﴿فصل﴾

فى أحكام وطء الأمة المشتركة . ﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ لا ﴾ يجوز أن ﴿ توطأ بالملك ﴾ أمة ﴿ مشتركة ﴾ ولا بالنكاح أيضاً لأن النكاح والملك متضادان فإذا كانت أمة بين اثنين لم يجُزْ لأحدهما أن يطأها ﴿ فإن وطىء ﴾ أحد الشريكين أثم بذلك ولزمه المهر للآخر بقدر حصته ولا حدّ عليه سواء علم بالتحريم أم جهله لكن إذا وطئها ﴿فعلقت﴾ منه ﴿ فادّعاه[٢] لزمه حصة الآخر من العقر ﴾ بقدر حصة الشريك فيها فإذا كان له نصفها لزمه نصف العقر وإن كان له ثلثها استحق ثلثه وقِسْ على ذلك ، والعقر لازم سواء علقت أم لا ﴿ و ﴾ يلزمه حصته من ﴿ قيمتها ﴾ غير حامل ﴿ يوم الحبل ﴾ بالغاً ما بلغ إذ هو من ضمان الأموال لا الجنايات فان كان لشريكه نصف الأمة ضمن له نصف قيمتها يوم حملت وكذا لو كان له الثلث أو نحوه : فإن كان هـذا الواطىء معسراً فاللازم على الجارية أن تسعى عنه لشريكه بالزائد على حصته من قيمتها .

﴿ و ﴾ يلزمه حصة الشريك أيضاً من ﴿قيمته﴾ أى من قيمة الولد ﴿يوم الوضع﴾ حياً لأنه أقرب وقت يمكن فيه تقويمه سـواء ادعاه وهى حامل أم بعـد الوضع لأنه

---

(١) والعقر هو المهر لكن جرت عادتهم بالتعبير عنه فى حق الأمة بالعقر كما مر اه

(٢) فان لم يدعه بقيت الأمة مشتركة بينهما فى الظاهر ولزمه حصة شريكه من العقر اه

بدعوته ينكشف أنه مستهلك من يوم العلوق ﴿ إلا ﴾ أن يكون النصيب فى الأمة ﴿لأخيه ونحوه[١]﴾ كابيه وجده فاذا كان الشريك فى الأمة أخاً للشريك الثانى أو أباً أو جداً أو ابناً فإنه لا يضمن قيمة الولد لأن الولد حرّ أصل ولأن من ملك ذا رحم محرم عتق عليه عندنا ، وإنما يضمن هنا نصف قيمتها ونصف عقرها .

﴿فإن وطئا[٢]﴾ معا فى طهر واحد أى فإن وطئ الشريكان الأمة المشتركة بينهما ﴿ فعلقت فادّعياه معاً ﴾ أى ابتديا الدعوى فى المجلس قبل الإعراض حيث كانا حاضرين، فإن كان أحدهما غائباً فله مجلس الخبر بدعوة شريكه، فإذا وقعت الدعوى منهما معاً ﴿ تقاصّا ﴾ أى تساقطا فى المهر ولم يلزم أحدهما لصاحبه شئ وهذا حيث الأمة بينهما نصفان ووطئاها وهى ثيب أما لو وطئاها ونصيب أحدهما أكثر من الآخر أو وطئها أحدهما بكراً والآخر ثيبا فإنهما لا يتساقطان بل يجب التراد . قال الإمام عليه السلام: ومن ثمّة قلنا ﴿ أو ترادّا ﴾ أى يرد صاحب الأقل لصاحب الأكثر القدر الزائد، فلو كان لأحدهما ربع وللآخر ثلاثة أرباع فوطئاها لزم صاحب الربع للآخر نصف عقر وربع قيمة الولد وربع قيمة الأم وإن كانت أثلاثاً لزم صاحب الثلث سُدس قيمة الولد وسدس قيمة الأم وثلث عقر مع استواء القيمة ، وهكذا لو وطئاها ولم تعلق فانهما يتقاصّان فى العقر ويترادّان كما تقدم .

﴿ وهو ابنٌ لكل فرد ﴾ أى أن الولد الحادث من أمة الشريكين إذا ادعياه معاً كان ولداً لكل واحد منهما ومعنى كونه ابناً لكل فرد أنه إذا مات أحد أبويه ورثه هذا الولد ميراث ولد كامل لا نصف ميراث ﴿ و ﴾ الشركاء ﴿ مجموعهم ﴾ بمنزلة

---

(١) أما لو وطئ العم أمة له ولابن أخيه لزمه قيمة الولد لابن أخيه ولا شئ فى العكس وهو أن يطأ ابن الأخ أمة له ولعمه فلا تلزمه قيمة الولد للعم لأنه رحم للعم محرم اه

(٢) وهذا حيث وطئ ولم يعلم الثانى بوطء الأول والعلوق والدعوى، فلو علم حد لأنه زان اه .

﴿ أب ﴾ واحد فاذا مات الولد كان لهم كلهم من تركته على عدد رؤوسهم لا على قدر الأنصباء فى الأمة نصيب أب واحد لا أكثر . ومعنى كونهم بمنزلة أب واحد أنه لا يلزم كل واحد منهم من النفقة ونحوها والفطرة لهذا الابن إلا قدر حصته من نصف وثلث ونحوهما، وأما الولد فيلزمه لكل واحد منهم نفقة كاملة وفطرة كاملة .

﴿ و ﴾ إذا مات أحد الأبوين فانه ﴿ يكمل الباقى ﴾ منهما أباً فإذا كان لهذا الميت ابن ومات هذا الولد كان الأب الباقى هوالذى يرثه دون ابن الميت ونفقته كلها تكون على الباقى .

واعلم أن الابن إنما يكون للشريكين معا حيث يكونان حرين مسلمين أو ذميين وسواء كان أباً وابناً أو غير ذلك ﴿ فان اختلفوا ﴾ فكان بعضهم حراً وبعضهم عبداً وادعوه معا ﴿ فللحر دون العبد ﴾ أى يحكم بالولد للحر دون العبد. قال ﴿ المؤيد ﴾ بالله رحمه الله ﴿ ولو ﴾ كان العبد ﴿ مسلما ﴾ والحر كافراً فان جانب الحر الكافر أرجح فيكون الولد له دون العبد المسلم. ومثال ذلك أن يشترك ذميان فى أمة فوطئاها فلحق أحدهما بدار الحرب فسبى فأسلم ثم ادعيا الولد فان الحر الذمى أولى بالولد عند المؤيدبالله ومثله عن الناصر . وقال صاحب الوافى وهو المختار للمذهب يكون الولد للعبد المسلم دون الحر الكافر ومثله عن أبى طالب. قال الفقيه على :أما لو كانت أمة مسلمة فانه يلحق بالحر الذمى وفاقاً ليستفيد الإسلام وأما الحرية فهو حر على كل حال ﴿ ثم ﴾ إذا كان الأبوان عبدين معاً أو حرين معاً لكن أحدهما مسلم والآخر كافر كان الولد ﴿ للمسلم ﴾ دون الكافر. ومثال ذلك أنْ يشترك ذميان فى أمة فوطئاها ثم لحقا بدار الحرب فسبيا فأسلم أحدهما دون الآخر ثم ادعيا الولد فهما هنا عبدان أحدهما مسلم فيلحق الولد بالمسلم دون الكافر. ومثال كونهما حرين أحدهما مسلم أن يشترك فيها ذميان فوطئاها ثم يسلم أحدهما وبقى الآخر ثم ادعيا الولد فانه يلحق بالمسلم دون الكافر ويضمن حصة صاحبه فى الولد والمقر لأنه قد استهلك حصة شريكه .

﴿ مسئلة ﴾ إذا صارت الجارية أم ولد للشريكين حيث يلحق الولد بهما ثم مات أحدهما فإنها تعتق بموت الأول وتسعى للثاني بقدر نصيبه .

﴿١٦٣﴾ ﴿باب الفراش﴾

هو عبارة عن لحوق نسب ما تلده المرأة بالواطىء لها بشرائط . وهو قسمان: فراش زوجة ، وفراش مملوكة . أما فراش الزوجة فقد أوضحه الإمام عليه السلام بقوله ﴿إنما يثبت للزوجة﴾ بشروط أربعة : ﴿ الأول ﴾ ﴿ بنكاح ﴾ أى عقد نكاح ﴿ صحيح ﴾ وهو المستكمل للشروط المتقدمة ﴿ أو ﴾ عقد ﴿ فاسد ﴾ وهو الذى يختل فيه شرط كعدم الولى أو الشهود ﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون قد ﴿أمكن الوطء فيهما ﴾ أى فى الصحيح وفى الفاسد فاذا تزوجها بعقد صحيح أو فاسد وأمكن الوطء ولو كان الزوج خصياً أو مجبوباً ثبت الفراش ولو ادعى أنه لم يطأها، فأما لو لم يمكن الوطء بأن حبس عنها من بعد العقد أو كان مقطوع الذكر والأنثيين فجاءت بولد لم يلحق به . وهكذا لو كانت فى جهة نازحة عنه فجاءت بولد قبل مضى مدة يمكنه فيها الوصول إليها وقبل مضى ستة أشهر لم يلحق به .

﴿ أو ﴾ وقع بينهما عقد نكاح ﴿ باطل﴾ أو مغلوطاً بها نحو أن يتزوجها فى العدة جهلا فإنه يثبت به النسب بشرطين : ﴿ أحدهما ﴾ أن يكون وقع على وجه ﴿ يوجب المهر ﴾ وذلك بأن يكونا جاهلين ﴿ غالباً ﴾ احترازاً مما لو علمت المرأة التحريم وجهله الزوج فإنه يثبت النسب ولو لم يجب المهر كما تقدم بفصل ١٦٠ فى قوله : « ومهما ثبت النسب فلا حد » .

﴿ الشرط الثانى ﴾ من شرطى النكاح الباطل الذى يثبت به النسب أن يكونا قد ﴿ تصادقا ﴾ فى كل حمل أو بين مدعيه ﴿على﴾ حصول ﴿الوطء فيه﴾ أى فى الباطل. فلو لم يتصادقا على حصول الوطء لم يثبت به النسب .

﴿ الشرط الثالث ﴾ من شروط فراش الزوجة أن يكون إمكان الوطء فى الصحيح والفاسد ووقوعه فى الباطل حاصلاً ﴿ مع ﴾ إمكان ﴿ بلوغهما ﴾ أى يجوز عليهما البلوغ كابن عشر سنين وما فوقها وبنت تسع سنين وما فوقها فلو أمكن الوطء ولم يجوز بلوغ أحدهما لم يثبت الفراش .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الرابع ﴾ ﴿ مضى أقل مدة الحمل ﴾ من يوم إمكان الوطء إلى أن أتت به المرأة وذلك بأن تمضى ستة أشهر كاملة فلو جاءت بولد دون ذلك لم يلحق به لأنه حصل قبل ثبوت الفراش، وهذا حيث خرج حياً لأن الحمل لا يخرج حياً لدون ستة أشهر . قال فى البيان فلو اختلفا فى مضى هذه المدة فالبينة على مدعى المضى، فلو عقد بامرأة بينه وبينها مسافة شهر لم يلحق به إلا ما ولدته بعد سبعة أشهر ولو قد طلقها بعد مضى الشهر لا قبله ما لم تقم بينة على منعه منها أو منعها منه فى تلك المدة لم يلحق به فى الصورتين .

﴿ و ﴾ أما فراش الأمة وهو القسم الثانى فانه يثبت ﴿ للأمة ﴾ بشروط أربعة :

﴿ الأول ﴾ ﴿ بالوطء ﴾ لها ﴿ فى ملك ﴾ كمملوكته ولو مشتركة ﴿ أو شبهة ﴾ ملك كأمة الولد ولا يكفى فى الأمة إمكان الوطء كما فى الحرة بل لا بد من وقوع الوطء ﴿ مع ذينك ﴾ الشرطين اللذين قدمناهما فى وطء الحرة وهما أن يقع الوطء مع إمكان بلوغهما وأن تمضى أقل مدة الحمل من يوم الوطء لها . ﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الرابع ﴾ ﴿ الدعوى ﴾ فلو وطئها وجاءت بولد ولم يدعه لم يثبت لها الفراش ولو أقر بالوطء ومضت مدة الحمل فلو كان الواطئ مجنوناً صح أن يدعى له وليه .

﴿١٦٤﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ و ﴾ متى ثبت الفراش للرجل فكل ﴿ ما ولد قبل ارتفاعه ﴾ أى قبل أن يرتفع الفراش ﴿ لحق ﴾ نسب الولد ﴿ بصاحبه ﴾ أى بصاحب الفراش ولو لم يدعه .

واعلم أن فراش الزوجة حرة كانت أم أمة يرتفع بارتفاع النكاح وانقضاء العدة مع مضى ستة أشهر بعدها فى الرجعى مطلقاً لا فى البائن فبانقضائها فقط أو مضى أربع سنين من يوم الطلاق وإن لم تمض العدة ، وأما المملوكة فيرتفع الفراش فى حقها بأن يعتقها سيدها وتنقضى عدتها بحيضتين بعد العتق فما ولدت بعد لم يلحق بالسيد إن أتت به لستة أشهر من يوم الانقضاء، فان انقطع حيضها لعارض فبأربعة أشهر وعشر، وتأتى به لستة أشهر بعدها فقد ارتفع الفراش بذلك فما أتت به فلا يلحق بالسيد .

﴿ قيل ﴾ القائل الفقيه حسن ومعناه أن ما ولدته الأمة بعد ثبوت الفراش فإنه يلحق بمن قد ثبت له الفراش أو لا من دون دعوة للآخر ﴿وإن تعدد﴾ صاحب الفراش الأول بأن يكونوا جماعة فان الولد يلحق بهم جميعاً ﴿ كالمشتركة ﴾ إذا وطئها الشركاء جميعاً و ادعوا ولدها لحق الولد بهم جميعاً . وهكذا كل ما أتت به من بعد ما لم يرتفع الفراش ﴿ والمتناسخة ﴾ وهى التى باعها مالكها من آخر ثم باعها الآخر ثم كذلك وباعها هؤلاء كلهم ﴿ فى طهر ﴾ واحد من غير استبراء وقد ﴿وطئها كل﴾ واحد من المتبايعين ﴿ فيه ﴾ أى فى ذلك الطهر ﴿ قبل بيعه ﴾ إياها صوابه « قبل التسليم » لأن البيع فاسد ولا يملك إلا بالقبض ﴿ وصادقهم الآخر﴾ وهو الذى اشتراها آخرهم على أنهم وطئوها قبل التسليم إليه فإن المتناسخة على هذه الصفة إذا جاءت بولد ﴿وادّعوه معاً ﴾ أى ادعاه المتناسخون لها كلهم حين علموا به فانه يلحق بهم جميعا وتكون المتناسخة كالمشتركة فى أن ولدها لاحق بالجماعة وأن فراشها ثابت لهم جميعا، فما جاءت به بعد هذا فهو لاحق بهم جميعا ولو لم يدعوه حتى يرتفع فراشها ، والمختار للمذهب فى هذه المسئلة وفى المشتركة أن الولد الحادث بعد مصيرها أم ولد بالولد الأول لا يلحق بهم إلا بعد الدعوى .

﴿ فإن اتفق فراشان مترتبان فبالآخِر ﴾ من الفراشين يلحق الولد. وصورة ذلك

أن تزوج امرأة المفقود بعد قيام البينة بموته ثم يرجع وقد أتت بولد فانه يلحق بالثانى، وكذا إذا تزوجت امرأة وهى فى العدة جهلاً بذلك فأتت بولد فإنه يلحق بالثانى ﴿إن أمكن﴾ إلحاقه به وذلك حيث تأتى به لستة أشهر من وطء الثانى فهاهنا يلحق بالثانى، ولو أمكن إلحاقه بكل واحد منهما وذلك إذا جاءت به لأربع سنين فما دون منذ غاب الأول أو طلقها طلاقاً رجعياً أو بائناً، ولستة أشهر فما فوق من وطء الثانى فان إلحاقه بهما ممكن لكن الواجب إلحاقه بالآخر منهما لأن فراشه أجد مع المصادقة بالوطء أو البينة . قال فى الغيث : «تنبيه اعلم أن المعتدة إذا تزوجت بعد مضى مدة يمكن انقضاء العدة فيها وهى تسعة وعشرون يوماً فقط كان نكاحها إقراراً بانقضاء العدة » .

﴿ وا ﴾ ن ﴿لا﴾ يمكن إلحاقه بالثانى ﴿فبالأول﴾ يلحق هذا الولد ﴿إن أمكن﴾ إلحاقه به وذلك حيث تأتى به لأربع سنين فما دون منذ طلقها الأول ولدون ستة أشهر من وطء الثانى فانه لايمكن إلحاقه بالثانى ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يمكن إلحاقه بالثانى ولا بالأول ﴿ فلا ﴾ يلحق ﴿ أيّهما﴾ وصورة ذلك أن تأتى به لفوق أربع سنين من طلاق الأول ولدون ستة أشهر من وطء الثانى فإنه ههنا لايمكن إلحاقه بواحد منهما وذلك حيث عقد بها لدون تسعة وعشرين يوما من يوم الطلاق، إذ لو كان بعده لكان إذنها بالعقد إقرارا بمضى العدة.

﴿ فائدة ﴾ إذا علم الرجل أنه لم يطأ امرأته فأتت بولد وألحقه الشرع به جاز له فيما بينه وبين الله تعالى أن يزوى عنه الميراث بل يجب عليه ذلك، ويجب عليه أن يمنع بناته من الخروج عليه وكذا يمنع أولاده من الخروج عليها لو كان المولود أنثى .

﴿ وأقل ﴾ مدة ﴿ الحمل ﴾ الحى الذى لا يعيش عادة إلاّ بها ﴿ ستة أشهر ﴾ إجماعاً ﴿ وأكثره ﴾ يعنى أكثر ما يلبث الولد فى بطن أمه بعد وجوده ﴿ أربع سنين ﴾ عندنا .

﴿١٦٥﴾ ﴿فصـــل﴾

في حكم أنكحة الكفار وحكم من أسلم منهم عن زوجات له . ﴿و﴾ اعلم ﴿إنما يقرّ الكفار . ﴾ إذا دخلوا في الذمة أو أسلموا لا الحربيين فلا يلزمنا النظر في عقودهم لتنافي الأحكام بيننا وبينهم ، نعم ؛ فالذي يقرّ عليه الذي أسلم من الكفار أو دخل في الذمة ﴿من﴾ عقود ﴿الأنكحة﴾ وغيرها من سائر الأحكام الشرعية نحو طلاقهم وعتقهم وإقرارهم فيقرون فيها ﴿على ماوافق الإسلام قطعا﴾ يعني ما صورته صورة الصحيح بإجماع علماء الإسلام على أن مثل هذا العقد إذا وقع بين مسلمين فهو صحيح ﴿أو﴾ كان ذلك العقد يوافق الإسلام ﴿اجتهاداً﴾ أي يكون موافقا لقول مجتهد من علماء الإسلام ولو خالفه غيره فإنهم يقرون عليه وذلك كالنكاح من غير ولي أو من غير شهود أو نحوهما فإن كان لا يصح مثله في الإسلام لا قطعا ولا اجتهاداً لم يقروا عليه نحو نكاح المعتدة والمطلقة ثلاثا والجمع بين الأختين ونكاح بنت الأخت ونحو ذلك، أما إذا أسلموا فإنهم لا يقرون عليه بحال من الأحوال، فإن لم يسلموا فلا يقف فسخ نكاحهم على ترافعهم إلينا بل يفسخه الحاكم ترافعوا إلينا أو لم يترافعوا، والمراد بالفسخ أن يفرق بينهما فإن كان يصح عندنا قطعا، أو اجتهاداً ويصح عندهم لم يعترضوا، فإن كان يصح عندنا لا عندهم كنكاح المثلثة بعد التحليل فلا يعترضون، فإن كان يصح عندهم لا عندنا كنكاح بنت الأخت وبنت الأخ فلا يقرون عليه .

﴿فمن أسلم﴾ من الكفار أو دخل في الذمة ﴿عن عشر﴾ زوجات أو أكثر أو أقل والمراد أكثر من أربع ﴿وأسلمن﴾ معه ﴿عقد بأربع﴾ منهن ﴿إن جمعهن عقد﴾ واحد بأن عقد بما فوق الأربع في عقد ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يجمعهن عقد بل في عقود ﴿بطل﴾ منها ﴿ما﴾ كان من العقود داخلة ﴿فيه﴾ المرأة ﴿الخامسة﴾ سواء كان

متقدماً أم متأخراً وصح ما سواه من العقود . فلو تزوج امرأتين فى عقد وثلاثاً فى عقد صح نـكاح الثنتين وبطل نـكاح الثلاث لأن فيه الخامسة، فلو كان نـكاح الثلاث أولاً صح نكاحهن وبطل نكاح الثنتين . فإن تزوج واحدة ثم ستاً ثم ثنتين ثم واحدة بطل نكاح الست وصح نكاح البواقى . وحاصله أنه يبقى معه النكاح ولا يحتاج إلى تجديده إن وافق الإسلام قطعا أو اجتهاداً ، وما خالف لم يبق عليه ، ووجب تجديده على الوجه الذى يصح فى الإسلام .

﴿ فإن التبس ﴾ العقد الذى فيه الخامسة ﴿ صح ﴾ من العقود ﴿ ما وطىء فيه ﴾ أو لمس أوقبّل، وبطل ما لم يطأ فيه ، وهذا حيث تصادقوا فى ذلك، فأما مع المناكرة فمن أقرّ الزوج بتأخرها فقد أقر ببطلان نكاحها فإذا ادعت عليه أنها المتقدمة على غيرها فعليها البينة، فإذا بينت استحقت ماوجب لها وعليه اليمين إذا لم تبين . وتسقط الحقوق إن حلف ﴿ فإن التبس ﴾ العقد الذى وطىء فيه ﴿ أو لم يدخل ﴾ بواحدة من العشر رأسا وقد التبس عليه العقد الذى فيـه الخامسة أو دخل بهن الجميع والتبس المتقدم ﴿ بطل ﴾ نكاح العشر كلهن فى الثلاث الصور مع استمرار الجهل والإياس من معرفة المتقدم[1] منهن وإذا بطل نكاحهن ﴿ فيعقد ﴾ بأربع منهن إن شاء ﴿ وقيل ﴾ القائل القاضى زيد وهو خلاف المذهب أنه ﴿ يطلق ﴾ العشر ﴿ ويعقد ﴾ بأربع منهن ﴿ فيختلف ﴾ عند القاضى زيد ﴿ حكمهن ﴾ حينئذ ﴿ فى المهر والميراث ﴾ أما اختلافهن فى المهر فان كن مدخولاً بهن ومهرهن مسمى فلـكل واحدة نصف المسمى ونصف الأقل من المسمى ومهر المثل، وذلك لأنك تجوّز فى كل واحدة أن نكاحها صحيح فتستحق المسمى، وتجوّز أنه باطل فتستحق الأقل من المسمى ومهر المثل فأعطيت نصف ما تستحقه

(١) فان عرف المتقدم بعد اليأس فالمذهب أنه يعمل بما عرف من بعـد ويبطل نـكاح المتأخرات اه .

في كل حال بالتحويل(١) .

وأما إذا لم يسم لهن فلكل واحدة مهر المثل. وأما إذا كن غير مدخول بهن فإن لم يسَمّ لهن مهراً فلا شيء لهن إن مات أو فسخ وإن طلق استحقت كل واحدة نصف متعة(٢) لأنك تقول عقدك صحيح فلك المتعة، عقدك الباطل فلا شيء على حالين نصف متعة، وإن سمى فان مات استحقت كل واحدة نصف المسمى(٣) وإن طلق استحقت كل واحدة ربعه وإن فسخ فلا شيء لهنّ لأن الفسخ ليس من جهته فقط ، وإن دخل ببعض الأربع وبعض الثلاث والتبس المتقدم لزم للموطوءات نصف المسمى ونصف الأقل فإن لم يسم لزم مهر المثل ، وأما الآخرات إن سمى لهن لزم نصف المسمى بالموت وبالطلاق ربعه ، وإن لم يُسَمّ فلا شيء .

وأما اختلافهن في الميراث فإن مات عنهن بعد فسخ أو طلاق بائن فلا شيء لهنّ وإن كان بعد طلاق رجعي ومات بعد العدة فكذلك وإن مات وهن في العدة أو مات قبل الطلاق والفسخ وقد كان تزوج أربعاً وثلاثاً فنصف الميراث بين الأربع أرباعاً ونصفه بين الثلاث أثلاثاً(٤) ونصفه بين الطائفتين في الأربع إذا كان نكاحهن بعقدين كل اثنتين في عقد يحصّص بينهن أرباعاً . فإن كانت إحدى الإثنتين أمة ثبت نكاح الحرة بكل حال واستحقت سدس الميراث وثمنه وللثلاث ربعه وثمنه وللثنتين ثلثه والله أعلم .

---

(١) وهذا على أصل القاضي زيد. وأما على المذهب فان كان المسمى أقل استحقته من دون تحويل اهـ .

(٢) عند القاضي زيد والمذهب لا شيء سواء مات أم طلق أم فسخ اهـ

(٣) المذهب لا تستحق شيئا في جميع الصور إلا مع الدخول .

(٤) والمذهب لا شيء اتفاقا بين أهل الفقه والفرائض .

﴿١٦٦﴾ كتاب الطلاق

الطلاق فى الأصل مصدر الفعل الثلاثى المجرد ، يقال طلقت المرأة طلاقاً ، واسم لطلّق الرجل امرأته تطليقاً كالكلام والسلام ، ويلاقيه فى المعنى الأطلاق والانطلاق لأن فى الكل معنى التخلية والارسال، يقال أطلقت المحبوس إذا خليت سبيله، وأطلقت الدابة إذا خليتها من الرباط وأطلقت سبيلها ، وفلان طلق الوجه أى خال من العبوس . وطلق اليدين بالخير أى كثير العطاء .. وفى الشرع : **قول مخصوص أو** ما فى معناه من شخص مخصوص يرتفع به النكاح أو ينثلم . فقولنا « قول » ليخرج به ارتفاع النكاح بالموت والرضاع ، وقولنا « مخصوص » ليخرج به ارتفاعه باللعان ونحوه من الردة والإسلام وسائر الفسوخ القولية ، وقولنا « أو ما فى معناه » ليدخل به الطلاق بالكتابة والإشارة من الأخرس. وقولنا « من شخص مخصوص » هو الزوج أو وكيله . وقولنا « يرتفع به النكاح » وذلك كالتطليقات الثلاث ، وقولنا « أو ينثلم » لتدخل الواحدة والثنتان .

﴿ واعلم ﴾ أن الطلاق ﴿ إنما يصح ﴾ ممن جمع شروطاً ثلاثة ﴿ الأول ﴾ أن يكون الطلاق واقعاً ﴿ من زوج ﴾ أو وكيله فلا يصح الطلاق من غير الزوج أو وكيله ولا من ولى الصبى والمجنون ولا من السيد فى طلاق زوجة عبده بالولاية . ومن ذلك أن يطلق الرجل المرأة قبل أن يتزوجها ثم يعقد عليها بعد الطلاق فإنه لايقع ذلك الطلاق ولوأضافه إلى بعد التزويج بشرط كأن يقول إذا دخلت الدارفأنت طالق ثم يتزوجهاثم تدخل الدار فانه لا يقع إذ هو لايملك الطلاق وقت تعليقه بالشرط ولو لم يحصل الشرط إلا بعد العقد ، وكذا لو أضاف الطلاق إلى حين الزوجية كأن يقول لأجنبية متى تزوجتك فأنت طالق ثم يتزوجها فإنها لا تطلق بذلك .

﴿الشرط الثانى﴾ أن يكون الطلاق من زوج ﴿مختار﴾ للطلاق حاله غير مكره عليه فأما إذا كان مكرهاً عليه فلا يقع طلاقه عندنا إلا أن ينويه كما يأتى إن شاء الله تعالى . وليس للحاكم أن يكره الزوج على الطلاق فى الإيلاء حيث امتنع من الوطء بل يحبسه فقط فإن أكرهه لم يقع إلا حيث التبس الطلاق وأكرهه الحاكم على الخروج منه بطلاق زوجاته أجمع أو بيان من لم يطلق منهن فإنه يقع الطلاق مع الإكراه فى هذه الصورة فقط . وحد الإكراه هنا هو الذى تبطل به أحكام العقود والإنشاءات وهو خشية المكره الضرر من المكره عليه القادر على فعله كما يأتى .

﴿الشرط الثالث﴾ أن يكون ذلك الطلاق من ﴿مكلف﴾ وهو البالغ العاقل فلا يصح من صبى ولو كان مميزاً ولو أذن له وليه فى ذلك ، ولا من المجنون والمعتوه ولا من المغمى عليه والمغمور بمرض شديد والمبنج ومن زال عقله بالحشيشة أو الأفيون أو نحوهما سواء أكله لضرورة أم لا فان طلاق هؤلاء لا يقع ﴿غالباً﴾ احترازاً من السكران بالخمر ولو أكره على شربه فإنه يقع طلاقه إذا طلق فى حال سكره سواء بقى له تمييز أو زال عقله بالكلية بحيث لا يميز بين السماء والأرض ونحو ذلك من الأمور الضرورية. هذا قول الهادى والمؤيد بالله والمنصور بالله وأبى حنيفة والشافعى وهو قول الجمهور من العلماء ، فلو زال عقله بالخمر والبنج معاً أو بأحدهما والتبس أو شرب الخمر فمرض له الجنون فلا يقع طلاقه .

والطلاق يكون باللفظ وبغيره . واللفظ ينقسم إلى صريح وكناية ﴿فالأول﴾ لا يعتبر فيه إلا أن يكون المطلق قد ﴿قصد﴾ إيقاع ﴿اللفظ فى﴾ الطلاق باللفظ ﴿الصريح﴾ بأن ينطق به عالماً معناه عاقلا مختاراً غير نائم ولا ساه وإن لم يقصد معناه فيقع الطلاق بقصد اللفظ مع علمه بأن هذا اللفظ موضوع للطلاق ، فقوله قصد اللفظ يعنى لفظ الطلاق قاصداً لإيقاع لفظه فلو لم يلفظ به بل قصد الطلاق بقلبه فقط لم يقع لعدم اللفظ ، ويدخل فى ذلك الهازل والمازح فيقع الطلاق منهما

إذا هزلا أو مازحاً بالصريح كما يأتى . والمراد حيث علق ذلك اللفظ بزوجته بأن يخاطبها كأنت طالق أو بذكر اسمها كفاطمة ونحوها ، وأما إذا لم يعلقه بها كأن يقول طلقت فقط فإنه لا يكون صريحاً ويكون كناية يقع مع نية طلاق زوجته ولا يعتبر فى لفظ الطلاق أن يجهر به حتى يسمع غيره بل يكفى فيه النطق بالحروف ولو سرا كالقراءة السرية فى الصلاة ، ويخرج بقوله « قصد اللفظ » من لم يقصده كالنائم ومن سبقه لسانه إلى ذلك اللفظ نحو أن يكون اسم زوجته طارق فقلب الراء لاما فى ندائه فقال يا طالق لم تطلق لعدم قصد اللفظ . وقد أخذ من هذا المثال أنه لايقبل قوله أنها سبقت لسانه إلا إذا كان المقام يحتمل ذلك بقرينة كهذا المثال لا إذا لايحتمل فلا يقبل .

﴿ و ﴾ حقيقة الطلاق الصريح ﴿ هو مالايحتمل غيره ﴾ بأن يكون لفظ الطلاق مشتملا على حروف مادته الأصول التى هى الطاء واللام والقاف ممن لا يريد الترخيم فلفظ الصريح لايحتاج إلى نية ﴿ إنشاء كان ﴾ كأنت طالق أو طلقتك أو عليك الطلاق أو فلانة طالق ولم يقصد الإقرار أو أنت منى طالق أو قد طلقتك غير مريد به الإقرار والمراد بالإنشاء مقارنة حصول معنى الطلاق لذلك اللفظ ﴿ أو ﴾ كان ﴿ إقراراً ﴾ كأنت مطلقة من الأمس أو قد طلقتك أو قد طلقت فلانة مريداً به الإقرار بوقوعه فى الماضى . وبهذا فارق الإنشاء فيقع الطلاق بالإقرار ظاهراً وباطناً إن كان صادقاً أنه قد طلقها قبل هذا اللفظ ، وإن كان كاذباً وقع به الطلاق فى الظاهر فقط لعدم حصول مدلول ما قد أقر به فى الماضى ، وكذا إذا قيل له قد طلقت زوجتك فقال نعم ، أو يقال له زوجتك طالق فقال إى والله فانه إقرار بحصول الطلاق فيقع ظاهراً وباطنا ، وإن قال نعم فصريح إنشاء .

﴿ أو ﴾ كان الطلاق ﴿ نداء ﴾ نحو يا طالق أو يا مطلقة ولو قال يا طال بقطع القاف طلقت حملاً على الترخيم إذا كان ممن يعرف العربية ، فإن كان لايعرف العربية

لم يقع ، فلو نادى يا زينب فأجابته فاطمة فقال أنت طالق وهو يظن أنها المدعوّة وقع ظاهراً وباطناً على من دعاها لا على التى أجابته ، إلا أن يشير إلى المجيبة طلقت هى . وإن كان اسم زوجته طالق أو عبده حرّ فقال لها يا طالق أو لعبده يا حُرّ فإنه لايقع الطلاق ولا العتق إلا أن ينويهما وكان ذلك كناية طلاق أو عتاق .

﴿ أو ﴾ أخبر بالطلاق ﴿ خبراً ﴾ نحو أخبرك أنك طالق أو أنت طالق قاصداً إخبارها بذلك بطلاق وقع قبل الإخبار ، إذ المراد بالخبر ما تقدم مدلول لفظه . فهذه كلها صرائح فى الطلاق لا تفتقر إلى قصد المعنى كما أسلفنا ، ويقع الطلاق بها فوراً عند الإطلاق ، وقد جمعها بعضهم فى قوله :

مطلقةٌ يا طالقٌ أنتِ طالق وطلقتُها وهى الطلاقُ بلا مِرا

نعم ؛ ويقع الطلاق بأى هذه الألفاظ ﴿ ولو ﴾ كان الزوج ﴿ هازلاً ﴾ بذلك أى لم يقصد به الطلاق فإنه يقع ، وسواء كان هزله بلفظ الإنشاء أم بلفظ الإقرار. وإنما قلنا بوقوع طلاق الهازل لأن الصريح عندنا لايفتقر إلى قصد معناه . ﴿ أو ﴾ طلق امرأة أو أشار إليها أو خاطبها بالطلاق وهو ﴿ ظانها غير زوجته ﴾ فانكشفت زوجته وقع الطلاق عليها ، ولاعبرة بعدم معرفته أنها ليست زوجته إذ الحكم للاشارة كما لو وقف أو وهب أو نذر أو نحو ذلك من التصرفات .

﴿ أو ﴾ طلقها ﴿ بعجمى ﴾ أى بلفظ موضوع للطلاق الصريح فى العجم فانه يقع إن ﴿ عرفه ﴾ أى عرف معنى ماتكلم به وأنه يراد به الطلاق ، وأما إذا خاطبها وهو غير عارف لمعناه لم يكن طلاقاً ، وهكذا لو تكلم العجمى بالطلاق العربى فان عرف معناه وقع وإلاّ لم يقع . ومثال الطلاق العجمى « بهشتم إيزنى » ومعناه أرسلتك عن الأزواج فيكون صريحاً فى الطلاق وهكذا لو قال : إيزنى بهشتم ، لأن معناه عن الأزواج أرسلتك، أما لو اقتصر على بهشتم ولم يضم إليه إيزنى كان كناية يقع إن نوى به الطلاق فلو اقتصر على إيزنى لم يكن صريحاً ولا كناية ، وهذا

فى اللغة الفارسية نص عليه فى الروض النضير . وهكذا يقال فى غيرها من اللغات العجمية، ولهذا قال الإمام زيد بن على عليه السلام الطلاق بكل لسان .

﴿ والقسم الثانى ﴾ مما يقع به الطلاق الكناية ويدخل فيها ما يقع به الطلاق وليس بلفظ كما يأتى . ﴿ و ﴾ إذا كان لفظ الطلاق كناية فلا بد أن يقصد ﴿ اللفظ والمعنى ﴾ معاً ﴿ فى ﴾ تلك ﴿ الكناية ﴾ ولا بد أن تكون النية مقارنة لأول اللفظ أو مخالطة لحروفه لا متقدمة أو متأخرة فلا تصح .

﴿ و ﴾ الكناية ﴿ هى ما تحتمله ﴾ يعنى الطلاق ﴿ و ﴾ تحتمل ﴿ غيره ﴾ بحيث لو سمعها السامع من أهل لغته تردد هل أريد بها الطلاق أو غيره لأن اللفظ لم يوضع للطلاق خاصة بل يستعمل له ولغيره كالمشترك ونحوه فى الكناية اللفظية ، لأن الكناية على ضربين : لفظ وغير لفظ « فغير اللفظ » ﴿ كالكتابة ﴾ بالطلاق سواء كانت بصريحه أم بكنايته كما يأتى ، ولا بد فى الكتابة أن يبقى لها أثر يشاهد فى الخارج ولا يكون ذلك إلا فى الكتابة ﴿ المرتسمة ﴾ كالكتب فى القرطاس واللوح والحجر ونحوها مما تبقى حروف الكتابة فيه مرتسمة ، ولو كتب بالتراب أو الدقيق أو فيهما فانه يقع به الطلاق مع النية : أما لو كتب على الهواء أو الماء أو الحجر على وجه لا يظهر أثر الكتابة ولا يمكن قراءتها بحال أو كان الحرف يذهب أوله قبل أن يشرع فى الثانى فلا يقع الطلاق بذلك ولو نواه .

﴿ و ﴾ كالكتابة ﴿ إشارة الأخرس ﴾ ونحوه ممن لا يمكنه الكلام فى الحال ﴿ المفهمة ﴾ للطلاق فلو وقعت ممن يمكنه الكلام أو لم تكن مفهمة للطلاق لم تكن طلاقاً . فهذه صور الكناية بغير اللفظ . « وأما الكناية باللفظ » فهى غير منحصرة بل كل لفظ يحتمل الطلاق فانه يقع به إذا أريد به الطلاق . وقد ذكر الامام عليه السلام من ذلك ما يتوهم أنه صريح وليس كذلك ، وما يتوهم أنه ليس بصريح ولا كناية وهو على المختار كناية ﴿ فالأول ﴾ قوله ﴿ وعلىّ ﴾ الطلاق وسواء

قال من زوجتى أم لا ﴿ أو يلزمنى الطلاق ﴾ فهذان اللفظان كناية طلاق وربما يسبق إلى الفهم أنهما من الصرائح . ومن الكناية : فارقت ، وسرحت ، وأنت خلية ، أو بريئة ، أو بائن، أو بتة ، أو بتلة ، أو لست لى بامرأة ، أو حبلك على غاربك أو أبرأتك من عقد النكاح ، انطلق ، اخرجى ، الزمى أهلك ، أو الطريق إلى بلدك ، أو اجمعى ثيابك ، تزوجى غيرى ، اختارى لنفسك ، اعتدّى ــ ولو قبل الدخول ، أو قال ابعدى أو نحو ذلك ، وكذا أنت منى حرام أو أنت على كالخمر أو كالميتة ، أو كالأجنبية ، وكذا إذا قال هى على حرام كحرام مكة على اليهود : فكل ذلك كناية طلاق إن قصد به الطلاق كان طلاقا وإلا فلا شىء .

﴿ وتقنعى وأنت حرة ﴾ وهذان اللفظان كناية طلاق إلا أنه ربما يتوهم أن يقول القائل تقنعى بمعنى البسى القناع ، وهذا لايفيد الطلاق ، وقول القائل : أنت حرة موضوع للعتق فيتوهم أنه لايقع به الطلاق والمختار أنهما يحتملانه فاذا نواه بهما معا أو بأحدهما وقع ، فلو قال الزوج لسيد الأمة وكلتك تطلقها فقال السيدُ هى حرة طلقت مع النية فى الطلاق وعتقت وكذا لوقال السيد للزوج وكلتك تعتقها فقال هى حرة ونوى الطلاق كان طلاقا وعتاقا .

﴿ وأنا منك حرام ﴾ وكذا بائن ، وعلىّ الحرام كما يعتاده كثير من العوام فإنه يكون كناية طلاق إن قصد به الطلاق ، وإن لم يقصد به الطلاق فلا شىء ، بل ولو أراد اليمين فانه لايكون يمينا لأن كنايات الأيمان محصورة كما يأتى وليس هذا منها فعلى هذا إن كنايات الطلاق كما عرفت غير محصورة فى الصورة المذكورة بل كل لفظ يحتمل الطلاق فإنه يقع به إذا نواه . ﴿ لا ﴾ إذا قال الرجل أنا منك ﴿ طالق ﴾ أو أطلق الله رقبتك لا يكون طلاقا لا صريحا ولا كناية ولو نواه .

والطلاق ينقسم إلى سنى وبدعى ويأثم فاعل البدعى بفعله ، وكل واحد منهما ينقسم إلى رجعى وبائن ، وصريح وكناية ، ومباشر، ومولى ، ومعين ومبهم ،

ومطلق ومقيد ، وخلع وغير خلع ، وستعرف جميع ذلك فى أثناء الـكتاب إن شاء الله تعالى .

﴿ وسنيه ﴾

أى سنى الطلاق فى حق ذوات الحيض ماجمع شروطا أربعة : ﴿ الأول ﴾ أن يوقع المطلق طلقة ﴿ واحدة فقط ﴾ فلو أوقع ثنتين أو ثلاثا بلفظ واحد أو بلفظين متتابعين كان بدعيا سواء كانت المرأة مدخولا بها بخلوة صحيحة أم فاسدة ـ أم غير مدخولة ولا مخلو بها، وسواء كانت ذات حيض أم لا فالسنى واحدة فقط . قال فى حاشية السحولى : « فلو قال أنت طالق ثلاثا إلا ثنتين . أو اثنتين إلا واحدة ارتفعت البدعة بالاستثناء وتكون طلقة واحدة »

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يطلقها ﴿ فى طُهر ﴾ ويعتبر بأول طهرها وإن لم تغتسل ولامضى آخر وقت صلاة إذ المراد أن يوقع الطلاق وقد طهرت من الحيض والنفاس ولو قبل الغسل .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن ﴿لا﴾ يقع ﴿ وطء[1] منه ﴾ لهذه التى طلقها ﴿ فى جميعه ﴾ يعنى فى جميع ذلك الطهر ، وأما إذا وطئها فى هذا الطهر ثم طلقها فيه فهو بدعى إن لم تعلق منه، وسواء كان الوطء فى قبل أم دبر ولو لم يكن ذلك الوطء بالزوجية كوطء الغلط والزنى ، وكذا لو وطئها بالملك ثم أعتقها وتزوجها ، فإذا طلقها فى هـذا الطهر الذى قدتقدم فيه الوطء كان ذلك الطلاق بدعياً . ﴿ولا﴾ وقع ﴿طلاق﴾ لهامنه فى جميع ذلك الطهر الذى وقعت فيه الطلقة ، فإن وقع فى ذلك الطهر طلاق غير هذه الطلقة ولو غير واقع كقبل الرجعة أو العقد صار الكل بدعياً .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الرابع ﴾ أن ﴿ لا ﴾ يكون قد وقع منه وطء لهـا ولا طلاق

(١) لامقدماته والاستمتاع فلا يصير بها بدعيا . اه

﴿فى﴾ نفاسه المتقدم أو ﴿حيضته﴾ أى فى حيضة هذا الطهر ﴿المتقدمة﴾ عليه لا المتأخرة ، فلو كان قد وطئها فى الحيضة المتقدمة أو طلقها فيه كانت طلقته فى الطهر بدعية. فهذه شروط الطلاق السنى فى حق ذات الحيض .

﴿فرع﴾ وإذا اختلف الزوجان هل كانت عند الطلاق طاهرا أم حائضاً لو علق طلاقها للسنة كان القول لها فى حصول الشرط ولذلك فائدة أخرى لو اختلف مذهبهما هل يقع البدعى أم لا واختلفا هل كانت حائضة فى وقت الطلاق أم لا كان القول لمدعى نفى الحيض إذ الأصل صحة الطلاق بعد التصادق على حصوله .

﴿و﴾ أما الطلاق السنى ﴿فى حق غير الحائض﴾ وهى الصغيرة والحامل والضهياء والآيسة والمنقطعة لعارض والمستحاضة الناسية لوقتها وعددها فهو الطلاق ﴿المفرد فقط﴾ أى لا يشترط فيه سوى كونه مفرداً فلو طلقها طلقتين بلفظ واحد أو بلفظين متتابعين كان بدعياً . فلو طلقها عقيب وطئها لم يكن بدعياً ولو طلقها ثم راجعها جازله وطؤها عقيب المراجعة . ﴿وندب﴾ فى حق غير الحائض إذا أراد تطليقها ﴿تقديم الكف﴾ عن جماعها قبل الطلاق ﴿شهراً﴾ ثم يطلقها وإن طلقها قبل ذلك جاز ولا إثم عليه ، هذا[1] فى الطلقة الأولى لا إذا زاد الثانية أو الثالثة فإنه يجب الكف عن وطئها شهراً، وإن وطئها قبل الشهر استأنف الكف شهراً بعد الوطء وكذا إذا أراد الثالثة بعد الثانية فلا بد من الفصل بينهما وإلا كان بدعيا .

﴿و﴾ إذا أراد الرجل أن يطلق امرأته ثلاثاً سنيا لم يجز له أن يفعل ذلك فى طهر واحد بل ﴿يفرق﴾ تلك ﴿الثلاث من أرادها﴾ من الأزواج ﴿على الأطهار﴾ فيجعل فى كل طهر طلقة واحدة حتى يكملها إن كانت امرأته ذات حيض ﴿أو﴾ يفرقها على ﴿الشهور﴾ إن لم تكن ذات حيض كالصغيرة ونحوها ممن مر فيدخل فى ذلك الحامل لأن كل شهر فى حقها كالطهر ولا يتوهم أن الحمل بمثابة طهر واحد ، وهذا التفريق

(١) يستفاد من البيان اهـ.

يكون ﴿ وجوباً ﴾ على الزوج ولا إثم، وذلك قبل الطلقة الثانية أو الثالثة لا قبل الأولى فقد مر أنه مندوب فقط ، ووجه وجوب التفريق كذلك أن الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة يكون محظوراً فلا بد من فاصل بين كل تطليقتين ولا فاصل إلا الأطهار فى حق ذات الحيض أو الشهور فى غيرها . ﴿و﴾ حيث يريد تفريقها كذلك فإنه ﴿ يخالل الرجعة ﴾ بين كل تطليقتين ﴿بلا وطء﴾ بل باللفظ فقط أو نحوه وسواء كانت من ذوات الحيض أو الشهور فيطلقها الأولى ثم يراجعها[١] ويكف عن جماعها فإذا طهرت الطهر الثانى طلقها الثانيــة ثم يراجعها ويكف عن جماعها فإذا طهرت الطهر الثالث طلقها فحينئذ تبين منه ويفصل فى حق ذات الأشهر بين كل طلقتين بشهر .

﴿ ويكفى فى نحو أنت طالق ثلاثاً للسنة تخالل الرجعة فقط ﴾ عند ما قال الطلاق لا يتبع الطلاق وهو مذهبنا يعنى إذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثاً للسنة فإنه يكفى أن يراجعها بلسانه فى كل طهر للحائض وفى كل شهر مرة من غير جمــاع[٢] أو بالوطء من غير الطهر الذى طلقت للسنة فيــه حتى يستوفى ثلاثاً ولا يحتاج إلى تجديد طلاق بعــد الرجعة لأنه فى التقدير كأنه قال أنت طالق عنــد كل طهر بعد الرجعة . وكذا لو قال أنت طالق ثلاثاً للسنة متخللا الرجعة صح وكأنه قال أنت مراجعة بعــد كل طهر طلاق ، واما لو لم يقل للسنة صح الطلاق فى الحال ثلاثاً ويكون للبدعة وكأنه فى التقدير قال قد راجعتك بعد كل طلاق .

﴿ وبدعيه ما خالفه ﴾

أى والطلاق البدعى هو ماخالف السنى بأن يختل فيه أحد الشروط التى تقدمت ﴿فيأثم﴾ مع العمد إن طلق طلاقاً بدعياً لا لو صادف كأنه يطلق مشروطاً فيقع الشرط

(١) وأما فى البدعى فتخليل الرجعة كاف فتقع الثلاث فى الحال كما يأتى قريبا اه
(٢) ويقع الطلاق فى أول الطهر بشرط أن لا يطأها فى آخره فان فعل تبين أنه لم يقع إلا متى صلحت . اه رياض .

وهى حائض أو طلقها وهو غائب فانكشفت حائضاً عند الطلاق فلا يأثم حيث لم يظن البدعة . ﴿ و ﴾ الطلاق البدعى ﴿ يقع ﴾ عندنا وهو قول أكثر العلماء ، ومن طلق مرأته بدعة استحب له أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر فإن بداله أن يطلقها فليطلقها للسنة قبل أن يمسها كما أمر النبى صلى الله عليه وآله وسلم ابن عمر، ولعل الحكمة باعتبار السنة أنه ربما يزول الباعث لطلاقها بانتظاره فيمسك عنه محاذرة أن يدخل فى قوله صلى الله عليه وآله وسلم « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » رواه أبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم . وفى الشفا عن أمير المؤمنين على رضى الله عنه « لو أصاب الناسُ معنى الطلاق ما ندم رجل على امرأة » فينبغى لكل مسلم التأنى فى الطلاق والتحرى على إصابة السنة لئلا يأثم و يندم إذا خالف السنة بالعجلة وعدم التثبت وهذا من نظام الإسلام المبنى على الحكمة والرحمة والإتقان .

﴿ونفى أحد النقيضين إثبات للآخر و إن نفاه كلا لسنة ولا لبدعة﴾ فيقع للبدعة أى لو قال لامرأته أنت طالق لا لسنة ولا لبدعة طلقت للبدعة لأن قوله لا للسنة بمنزلة أنت طالق للبدعة ، ولو نفاه من بعد قوله ولا لبدعة فلا تأثير لنفيه لأنه بمنزلة استثناء الكل فبطل و بقى الكلام الأول فكأنه قال أنت طالق لا للسنة وسكت فعلى هذا لو قال ذلك وهى فى طهر لم يطأها فيه لم تطلق حتى تحيض أو يطأها . وهكذا لو قال أنت طالق لا ليلاً ولا نهارا طلقت النهار حيث كان ليلاً وإلا طلقت فى الحال أو قال أنت طالق لا فى البيت ولا فى السوق أو لا فى الأرض ولا فى السماء أو أنت طالق فى البيت طلقت حالاً لأنه ظرف مكان و وجه الفرق بين ظرفى المكان والزمان أن الطلاق ليس له ظرف مكان لأنه عرض فلذلك لم يكن لتعليقه بظرف المكان تأثير بخلاف الزمان فإنه لابد للطلاق من زمان يقع فيه فلما افتقر إليه صح تعليقه به. وكذا لو قال أنت طالق لا قائمة ولا قاعدة طلقت إذا قعدت أو ركعت أوسجدت والعكس فى العكس. فإن قال أنت طالق لا ميتة ولا حية طلقت فى الحال والعكس لا يقع .

﴿ مسـئلة ﴾ فإن قال أنت طالق أحسن الطلاق أو أفضـله كان كقوله للسنة فتطلق فى الحـال إن كانت تصلح لطـلاق السنة و إلا فمتى صلحت . و إن قال أقبح أوأخسر أو أنتن كان كقوله للبدعة فتطلق فى الحال إن كانت تصلح لذلك و إلا فمتى صلحت . فإن خير بين وصفين متضادين كأن يقول : أنت طالق طلقة حسنة أوقبيحة أو سنية أو بدعية لغى الوصف و وقع فى الحال بصفة ما هى عليه حيث لا نية له و إلا فله نيته لأنه لم يشرط ولا وقت و إنما خير بين وصفين فقط ، وإلا يخير كأن يقول طلقة حسنة قبيحة اعتبر بالوصف الاول و يلغو الثانى بخـلاف ما إذا قال أنت طالق أحسن الطلاق فهذا فى حكم المشروط لأنه معروف فكأنه قال أوقعت عليك الطلاق الحسن فلا يقع إلا الحسن .

﴿ مسئلة ﴾ إذا قال أنت طالق أو لا أو أنت طالق واحدة أو لا فإنه لا يقع إلا أن يشدد الواو فيقول أولا فهو إقرار بالطلاق فيقع .

﴿ مسئلة ﴾ و إذا قال أنت طالق طـلاقا لا يقع عليك أو غير واقع عليك فإنه يقع لأنه بمقام من قال أنت طالق غير طالق، وهـذا الطلاق واقع لأنه استثنى الطلاق بعد وقوعه وهو لا يصح .

﴿ ورجعيه ﴾

يعنى الرجعى من الطلاق هو ﴿ ما كان ﴾ جامعاً لشروط ثلاثة ﴿ الأول ﴾ أن يقع ﴿ بعد وطء ﴾ للمرأة وأقله مايوجب الغسـل فى الثيب و إذهاب البكارة فى البـكر مع صلاحهما، وسواء كان الوطء فى قبل أم دبر، وهذه أحد الأحكام المشرة الثابتة للدخول التى مرت بأول فصل ١٤٦ فى النـكاح ، فلو طلق الزوج امرأته قبـل أن يطأها كان الطلاق بائناً ولو قد كان خلى بها أو استمتع منها . ﴿ الثانى ﴾ أن يقع الطـلاق

﴿ على غير عوض مال ﴾ أوما فى حكمه كالمنفعة التى يصح عقد الإجارة عليها بأن يكون لمثلها أجرة. وكان ذلك العوض مظهراً لا مضمراً. فلو طلقها بذلك كان الطلاق بائناً إن جمع الشروط التى فى الخلع الآتية فى أول فصل ١٧١ ، و إن كان العوض غير مال أوما فى حكمه نحو على أن تدخلى الدار وليس لمثله أجرة فرجعى . ﴿و﴾ ﴿الشرط الثالث﴾ أن يكون ذلك الطلاق ﴿ ليس ثالثا ﴾ فإن كانت الثالثة فهى بائن إن تخللت الرجعة بين كل طلقتين وسواء كان على عوض أم لا، فمهما يكن الطلاق بعد الوطء ولم يكن خلعاً ولا ثالثاً فهو طلاق رجعى لا يرفع عقد النكاح و إنما ينقص عدد الطلقات التى يترتب عليه نقصان الحل على الوجه الذى عرفته فلذا يحلّ للمطلق رجعياً أن يطأ زوجته المطلقة ما دامت فى العدة و يعتبر وطؤها رجعة .

﴿ مسئلة ﴾[1] من طلق زوجته رجعياً و ولدت منه ثم التبس هل ولدت قبل الطلاق فعدتها باقية أم بعده فقد انقضت به فإن حصل للزوج ظن عمل به و إلا يحصل له ظن فالأصل بقاء النكاح . وهذا فيما يخص نفسه من تحريم الوطء ونحوه من العمل بالظن فى ذلك لا فيما يرجع إليها من الحقوق فلا يعمل بما حصل له من الظن. وأما حكم الزوجة فإنها لا تعمل بظنها بل يلزمها العدة بعد الولادة لأنها لازمة لها بيقين فلا تخرج عنها إلا بيقين ولعلها إذا ظنت تقدم الطلاق على الولادة حرم عليها طلب النفقة لأنها تعمل بالظن فيما هو لها كما يأتى .

﴿ و بائنه ما خالفه ﴾

أى ما خالف الرجعى بأن يكون قبل الوطء أو خلعاً أو هى الطلقة الثالثة ، ﴿ومطلقه﴾ وهو الذى لم يقيد بأمر ﴿ يقع فى الحال ﴾ بصفة ما هى عليه من طهر أو حيض إذا كان

(١) من البيان وهامشه اهـ.

ممن يصح طلاقه ﴿ ومشروطه ﴾ وهو بالنية مع المصادقة ﴿يترتب[١]﴾ وقوعه ﴿ على ﴾ حصول ﴿ الشرط ﴾ فلا يقع الطلاق حتى يحصل الشرط فيقع عقيب حصوله لاحاله ولو لم يحصل الشرط إلا بعد زوال عقل الزوج. و يعتبر فى ترتيب حصول الطلاق على الشرط أن يكون الشرط متصلاً بلفظ الطلاق كالاستثناء تقدم الشرط أو تأخر كأن يقول إن دخلت الدار فأنت طالق أو يقول أنت طالق إن دخلت الدار طلقت متى دخلت الدار ، فإن لم تدخل الدار لم تطلق . وهكذا لو قال إذا جاء غد فأنت طالق لم تطلق حتى يجىء غد فتطلق بأوله، فلو قالت إن طلقنى فهو برىء وقال إن أبرأتنى فهى طالق لم يقع شىء لعدم حصول شرطه، وهكذا كل مشروط بوقت أو غيره فإنه لا يقع الطلاق حتى يقع الشرط سواء كان ذلك الشرط ﴿ نفياً ﴾ نحن متى لم تدخلى الدار فأنت طالق أ ﴿ و إثباتا ﴾ نحو إن دخلت الدار فأنت طالق فإن الطلاق لا يقع حتى يقع النفى أو الإثبات . فإن لم تدخل الدار بعد اللفظ بالطلاق فى صورة النفى طلقت وإن دخلت لم تطلق والعكس فى الإثبات، وكذا لو علقه بغيرها نحو متى لم يدخل زيد الدار أو إن دخل فالحكم واحد ﴿ ولو ﴾ كان ذلك الشرط ﴿ مستحيلاً ﴾ كطلوع السماء ذات البروج فإن الطلاق إذا علق به ترتب عليه نحو أن يقول إن طلعت السماء فأنت طالق فإنها لا تطلق حتى يقع الشرط وهو طلوع السماء وهو مستحيل منها، وهكذا إن شاء الجدار أو تكلم الحمار أو نحو ذلك فإن وقوع الطلاق يترتب على وقوعه، فعلى هذا لا يقع شىء حيث الشرط مستحيل ، أما إذا علقه بمعلوم الحصول كطلوع الشمس فإن علقه بالنفى نحو إن لم تطلع الشمس أو نحوه فأنت طالق فلا يقع و إن علقه بالإثبات نحو إن طلعت الشمس لم يقع إلا بحصول الشرط فإن علقه بممكن ومستحيل فلا يقع شىء .

---

(١) فاما بالماضى فلا يقع نحو أن يقول إن جاء زيد أو مات عمرو فأنت طالق وقد كان جاء زيد أو مات عمرو، لأنه يشبه أنت طالق أمس وأمس لا يقع لعدم صحة تعلق الطلاق بالماضى اه .

﴿ فرع ﴾ ولا يصح الرجوع عن الشرط ولو قبل حصوله كالمطلق ، فلو قال قد حللت المشروط من الطلاق لم ينحل بل يتوقف على حصول شرطه كالتأجيل .

﴿ أو مشيئة الله ﴾ يعنى أن الطلاق المشروط يترتب على وقوع الشرط ولو كان الشرط مشيئة الله تعالى نحو أن يقول أنت طالق إن شاء الله تعالى فانها لا تطلق إلا أن يشاء الله طلاقها وذلك حيث لا يكون الزوج ممسكا لها بالمعروف، و يعتبر ما يريده الله من الطلاق وعدمه بمجلسهما أو بمجلس الزوج حيث هما مفترقان، فلو كان محسنا إليها حال اللفظ ثم أساء إليها فى المجلس بعد الطلاق وقع كما لو قال إن شاء زيد فشاء فى المجلس، فإن التبس ما أراده الله تعالى فالأصل عدم الطلاق أما لو كانت حال اللفظ زانية أو فى حال الحيض فها هنا يتعارض الواجب وهو الطلاق لكونها زانية والمحظور وهو الطلاق حال الحيض فلا يقع .

﴿ و ﴾ الشرط ﴿ آلاتهُ : إن ، و إذا ، ومتى ، وكلما ، ﴾ هذه أمهات آلات الشرط وهى كثيرة نحو « مهما » وهى نظيرة كلما فى الشرط لا فى التكرار ، و « إذما » وهى نظيرة إذا . و « متى ما » وهى نظيرة متى واشباه ذلك . ﴿ و ﴾ لاشىء من هذه الألفاظ ﴿ يقتضى التكرار ﴾ ولو نواه فلو قال لامرأته إن أو إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت طلقت فإن راجعها ثم دخلت الدار مرة أخرى لم تطلق ولو نوى التكرار ﴿ إلا كلما ﴾ فإنها تقتضى التكرار نفياً وإثباتاً نحو كلما لم تدخلى الدار فأنت طالق فإذا لم تدخل الدار عقيب النطق فى النفى طلقت ، ثم كذلك بعد كل رجعة . والإثبات نحو كلما دخلت الدار فأنت طالق فإذا دخلت المرّة الأولى طلقت فإن راجعها ثم دخلت مرة أخرى طلقت وكـذا لو راجعها ثم دخلت ثالثة طلقت الثالثة و بانت . وهذا حيث كان المعلق بكلما يعرف أنها تقتضى التكرار سواء كان فى الإثبات أم فى النفى والالم يقع إلا مرة واحدة فقط كالطلاق العجمى ، فإن نوى بكلما مرة واحدة صح إن صادقته الزوجة وإلا فالظاهر التكرار .

﴿ فرع ﴾ فإن قال كلما خرجت من الدار بغير إذنى فأنت طالق فذلك يقتضى التكرار أيضاً فتطلق كلما خرجت بغير إذنه ، وحسن المخرج من ذلك أن يقول كلما أردت الخروج فقد أذنت لك. وقال فى حاشية السحولى من قوله فى الأزهار « ويدخله الدور » « فلو قال لزوجته كلما فعلت كذا فأنت طالق وكان الأمر المذكور بما لابد لها من فعله فالحيلة فى رفعه أن يأتى بالدور القبلى فيقول أنت طالق قبيل أن يقع عليك الطلاق المشروط فيمتنع المشروط ولا يمتنع الناجز وإذا أراد منعهما معا قال أنت طالق قبيل أن يقع عليك طلاقا ناجزاً أو مشروطا » ويكون هذا من صور الدور الآتية فى أثناء فصل (١٦٨)

قال ﴿ المؤيد ﴾ بالله ﴿ ومتى ﴾ تقتضى التكرار أيضا كما تقتضيه كلما ﴿ غالبا ﴾ على أصله يحترز من صورة التمليك بمتى نحو أن يقول الزوج لزوجته طلقى نفسك متى شئت فإذا طلقت نفسها مرة لم يكن لها أن تطلق نفسها مرة أخرى ، وكذا لو قال لغيره طلقها متى شئت فهو تمليك أيضا ولا يقتضى التكرار للفعل فلا يطلق ذلك المملك إلا واحدة فقط ، ولو كان ذلك بلفظ التوكيل حيث علق بمشيئة الوكيل فهو تمليك والتمليك لا يفيد إلا المجلس فقط . والمختار أن متى لا تفيد التكرار وإنما هى ظرف زمان بمنزلة حين وهـذا هو الذى تقتضيه أصول علم العربيـة « وإنما يقتضى التكرار إذا كان توكيلا بلفظ شاءت التى تقتضى التوكيل والتوكيل يقتضى التكرار لا بلفظ شئت التى تقتضى التمليك ولو بلفظ التوكيل ، فإذا قال طلقها أو زوجها متى شاءت اقتضى التوكيل وتكرر الفعل « وضابطه » متى أسند فعل الشرط بلفظ المشيئة إلى المملك فهو تمليك ومتى أسند إلى غيره فهو توكيل .

﴿ ولا ﴾ شىء من آلات الشرط يقتضى ﴿ الفور ﴾ بل هى على التراخى فإذا قال متى دخلت الدار فأنت طالق طلقت متى دخلت ولو تراخت زمانا طويلا ، وهكذا إن دخلت ، وإذا دخلت ، وكلما دخلت ، كلها للتراخى ﴿ إلا إن ﴾ الشرطية إذا دخلت

﴿ فى التمليك ﴾ فإنها تقتضى الفور[1]. وصورته أن يقول طلق نفسك إن شئت فإنها إذا لم تطلق نفسها فى المجلس لم يكن لها أن تطلق من بعد ، وكذا لو قال أنت طالق إن شئت فإنه يعتبر مشيئتها فى المجلس إن كانت حاضرة أو مجلس بلوغ علمها إن كانت غائبة . فأما إذا قال طلق نفسك إذا شئت أو متى شئت كان لها أن تطلق نفسها فى المجلس أو بعده .

﴿ وغير إن وإذا مع لم ﴾ كمها ومتى وكلما ونحوها إذا دخلت عليها لم اقتضت الفور فإذا قال متى لم تدخلى الدار فأنت طالق طلقت على الفور ، ومعنى الفور هنا إذا لم تنهض لدخول الدار فى الحال ومضى وقت يسع الدخول ونحوه مما علق الطلاق بعدمه ولم تدخل طلقت . وهكذا لو قال كلما لم تدخلى الدار فأنت طالق بخلاف إن لم وإذا لم، فإذا قال إن لم تدخلى أو إذا لم تدخلى الدار فأنت طالق فإنها للتراخى فلا تطلق إلا متى عجزت عن دخول الدار وذلك بالموت يعنى موت أحدهما أو هدم الدار ونحوه وبذلك يتبين وقوع الطلاق من حين تعليق الشرط ولو طالت المدة ولو من حين تعذر الفعل لأن وقت العجز عن ذلك الفعل بالموت ونحوه ينعطف وقت الطلاق إلى وقت الإيقاع ولكن الموت ونحوه كاشف، فعلى هذا إذا كان الطلاق بائنا فلا موارثة بينهما ولا يجب إلا مهر واحد ولو تكرر الوطء .

﴿ والحاصل ﴾ فى حروف الشرط إن كان للمطلق نية عمل بها من فور وتراخ ظاهراً أو باطنا إن صادقتـه الزوجة، وإلا كان باطنا فقط، وإن لم يكن له نية فهى فى الإثبات للتراخى إلا « إن » فى التمليك ومع النفى بلم « كلما لم ، ومتى لم ، ونحوهما للفور وإن لم ، وإذا لم ، للتراخى » .

﴿ ومتى تعدد ﴾ ماعلق الطلاق به شرطا وكان تعدده ﴿ لا بعطف ﴾ لأحدهما على الآخر وصورة ذلك أن يقول لزوجته : أنت طالق إن أكلت إن شربت إن

(١) ما لم يوقت فان وقت اعتبر انقضاء الوقت اه .

إن ركبت[1] فتى تعدد على هذه الصورة ﴿فالحكم للأول﴾ أى تطلق بحصول الشرط الملفوظ به أولا ﴿ وإن تأخر وقوعه ﴾ عن سائر الشروط الملفوظ بها بعده هـذا ﴿ إن تقدم الجزاء ﴾ نحو أن يقول أنت طالق إن أكلت إن شربت إن ركبت فإنها تطلق بالشرط الملفوظ به أولا وهو الأكل ولا تطلق إن شربت أو ركبت ﴿ فإن تأخر ﴾ الجزاء نحو إن أكلت إن شربت إن ركبت فأنت طالق ﴿ أو عطف المتعدد بأو ﴾ سواء تقدم الجزاء أم تأخر نحو إن أكلت أو شربت أو ركبت فأنت طالق . ﴿ أو ﴾ عطف ﴿ بالواو مع إن ﴾ نحو إن أكلت وإن شربت وإن ركبت وسواء تقدم الجزاء أم تأخر ؛ فتى كان التعدد على أى هذه الصور ﴿ فلواحد ﴾ أى فالحكم لواحد من أى هذه المتعددة، فتى فعلت واحداً من أى هـذه الشروط طلقت سواء كان ذلك الشرط متقدماً فى اللفظ أم متأخراً ﴿ وينحل ﴾ به الشرط فيبطل التعليق بغيره ، فلو شربت وقع الطلاق وانحل الشرط بماعداه فإذا أكلت أو ركبت بعد لم تطلق ، وسواء انحل الشرط بما فعلت وهى زوجة فتطلق أم لم يحصل إلا وهى مطلقة أو مفسوخة فإنه ينحل أيضا . هذا ما لم يتعدد الجزاء لكل واحد فإنه لاينحل ويتكرر وقوع الطلاق بتكرر فعل ذلك المعلق به نحو أن يقول إن أكلت فأنت طالق إن شربت فأنت طالق فتى أكلت طلقت ولا ينحل ومتى شربت طلقت أيضا إن كانت مراجعة ﴿ و ﴾ أما إذا عطف المتعدد ﴿ بالواو ﴾ فقط من دون إن كان الحكم ﴿ لمجموعه ﴾ فلا تطلق إلا بفعل مجموع ذلك المتعدد نحو أن يقول : إن أكلت وشربت وركبت فأنت طالق فلا تطلق إلا بفعل الثلاثة لا بواحد منها ، وسواء فعلتها مرتبة فى الفعل

---

(١) فلو قال أنت طالق إن كلمت زيداً إذا دخلت الدار أو متى أو نحو ذلك لم تطلق إلا بتكليمه بعد دخولها، وكذا إن كلمت زيداً إذا دخلت الدار إذا جاء شهر رمضان، ذكر معناه الصعيترى. قال فى البيان لا تطلق إلا إذا كلمت زيداً فى ذلك الظرف وهو الدار وشهر رمضان اه . .

كاللفظ أم خالفت فلا يعتبر الترتيب هنا، وسواء تقدم الجزاء أم تأخر، فلو عطف بالفاء[١] اعتبر الترتيب والتعقيب، فلو جاء بثم مكان الفاء طلقت بأن تأكل ثم تشرب بعد تراخ[٢] ثم تركب بعد الشرب بتراخ، فلو لم ترتب أو رتبت من دون تراخ لم تطلق لأن ثم للترتيب بمهلة، فلو كان العطف ببل سواء كان مع إن نحو أنت طالق إن أكلت بل إن شربت بل إن ركبت أم بدونها نحو أنت طالق إن أكلت بل شربت بل ركبت فإنها تطلق بأى واحد فعلت، ولا حكم لإضرابه عن الأول إذا كان الجزاء متقدمًا على الشرط كما مثلنا وإلا فالحكم للآخر لصحة الإضراب عن الشرط الأول قبل التمام، أما لو قال أنت طالق إن دخلت الدار لكن إن كلمت زيداً فلا تطلق إلا بمجموعهما، فلو قال أنت طالق لو دخلت الدار فلا تطلق إن لم تكن قد دخلت قبل ذلك الوقت لأنه بمعنى إن كنت قد دخلت الدار فأنت طالق، فإن أراد لومها على تركها للدخول طلقت ناجزاً دخلت أم لا لأن المعلل كالمطلق.

﴿١٦٧﴾ ﴿فصل﴾

﴿ ويصح التعليق بالنكاح والطلاق ﴾ أى ويصح أن يجعل النكاح والطلاق شرطاً فى الطلاق ﴿ نفياً وإثباتاً ﴾ أى إن شئت جعلت نفيهما هو الشرط وإن شئت جعلته الإثبات، وسواء كان النكاح والطلاق اللذين جعلتهما شرطا موجبا للطلاق ﴿ لواحدة أو أكثر ﴾ أى سواء كان الشرط نكاح واحدة أم نكاح أكثر أو طلاق واحدة أو طلاق أكثر، مثال التعليق بنكاح واحدة أن يقول: إن تزوجت فأنت طالق أو إن تزوجت فلانة أو إن تزوجتك فإنها تطلق متى تزوج واحدة أو فلانة أو تزوجها

---

(١) أما لو عطف بلا نحو أنت طالق إن كلمت زيداً ولا عمراً ولا خالداً فإنها تطلق بواحد وتنحل اهـ . . (٢) وحد التراخى بمضى مايتسع للفعل ولم تفعل، وحد الفور أن لا يمضى وقت يمكن فيه الفعل إلا وقد فعلت اهـ صعيترى .

بعد أن طلقها بائنًا حيث كان خلعًا أو قبل الدخول أو رجعيا وانقضت العدة ، لا إن كان بعد ثلاث وقد تزوّجت غيره فالزواج الثانى يهدم الشرط كما يأتى ، ومثال التعليق بأكثر أن يقول إن تزوجت نساء فأنت طالق فلا تطلق إلا إذا تزوج ثلاثا لا دون الثلاث فلا إلا أن تكون له نيّة وصادقته طلقت ولو بواحدة لأنه اسم جمع لا مفرد له من جنسه ، أو يقول إن تزوجت فلانة وفلانة فأنت طالق فتطلق إن تزوجهما، أو يقول لزوجتيه إن تزوجتكما ففلانة منكما طالق أو فأنتما طالقان فتطلق إحداهما أو كلاهما بالتزويج لهما كما تقدم . ومثال التعليق بطلاق واحدة أن يقول إن طلقت فلانة فأنت يا فلانة طالق . ومثال التعليق بأكثر أن يقول إن طلقت فلانة وفلانة فأنت يا فلانة طالق .. أما إذا قال إن طلقت فلانة وليست له بزوجة فأنت طالق ثم تزوج الأجنبية ثم طلقها فالمذهب أن زوجته تطلق فى مثل هذه الصورة لأنه تعليق طلاق لزوجته عند التعليق ، بخلاف تعليق طلاق الأجنبية بنكاحها أو بغيره فلا يصح لأنها ليست بزوجة عند التعليق لأن من صح منه الإنشاء صح منه التعليق ، ولأن الأحكام تتعلق بالأسباب وقد وجد السبب هنا فهذا هو الفرق . . هـذه صور التعليق بالنكاح والطلاق على جهة الإثبات . . وأما تعليقه بهما على جهة النفى : فمثال التعليق للطلاق بنفى النكاح أن يقول : إن لم أتزوّج أو إن لم أتزوّجك فأنت طالق أو إن لم أتزوّج فلانة وفلانة فأنت طالق فإنها تطلق بالموت إذا لم يفعل الشرط[1] فى جميع هذه الصور .

ومثال التعليق بنفى الطلاق أن يقول إن لم أطلق فلانة فأنت طالق أو إن لم أطلق فلانة وفلانة فأنت طالق فإنها تطلق إن لم يفعل الشرط قبل موتهما أو إحداهما، فإن طلقها وتزوجها قبل الموت لم تطلق .

﴿ و ﴾ يصح تعليق الطلاق ﴿ بالوطء ﴾ نحو أن يقول إن وطئتك فأنت طالق

(١) أو بما يعلم تعذره كزواجه أمها وحصل الدخول أو اللمس أو نحوه أو يلاعنها اه .

﴿ فيقع ﴾ الطلاق ﴿ بالتقاء الختانين ﴾ مع توارى الحشفة ويكون الطلاق بدعياً ولا إثم عليه ﴿ و ﴾ إذا طلقت بتوارى الحشفة فسكن مع التلذذ أو زاد فى الإيلاج ولو قل حصل به ﴿ التتمة ﴾ للوطء أم لا فإنه ﴿رجعة فى﴾ الطلاق ﴿ الرجعى ﴾ إذ الوطء رجعة لا إن سكن من دون تلذذ لم يكن السكون رجعة ، وسواء كانت هذه قد دخل بها من قبل أم لا لأنها حين التقى الختانان صارت مدخولة ثم طلقت، فبين الدخول والطلاق ترتّب ذهنى وهو ما لا يدرك فى الخارج حساً بل فى الذهن وعند العقل فقط كترتب المعلول على علته لا حسى وهو عكسه أى ما يدرك خارجاً بإحدى الحواس الظاهرة ، فإن كان الطلاق بائناً ثم أتمّ الإيلاج عالماً أو جاهلاً فلا مهر عليه ولا حد لشبهة جواز أوله، ولا يلحق النسب إلا مع الجهل بتحريم الزيادة .

﴿ و ﴾ يصح تعليق الطلاق ﴿ بالحبل ﴾ أى لو قال لزوجته متى حبلت فأنت طالق صح ذلك ﴿ قيل فيكفّ ﴾ عن وطئها ﴿ بعد ﴾ هذا التعليق إذا كان قد وطئها من قبل أو بعد التعليق وقد وقع ﴿ الإنزال ﴾ للمنى فى رحمها فلا يجوز أن يطأها بعد الإنزال ﴿حتى تبين﴾ الزوجة المعلق طلاقها على ذلك إما حامل فقد طلقت أو غير حامل فيجوز الوطء بعده وهى تتبين بحيضة بعد ذلك الإنزال فَيَتَبَيَّن عدم الحمل من الوطء الأول ، وإن كانت ضهياء كف بعد الإنزال أربع سنين كاملات ثم إذا وطئ كفّ كذلك إذ الوجه لوجوب الكف تحريم الوطء ، والمختار للمذهب فى هذه المسئلة وهى وجوب الكف بعد الإنزال حيث كان الطلاق بائناً أو مضرباً عن المراجعة محمولة على أنه حصل ظن بالعلوق بأن تكون عادتها العلوق عقيب الوطء فإن لم يكف وأتت بولد لستة أشهر من الوطء الثانى ولأربع سنين من الوطء الأول فإنه يلحق بالوطء الثانى لأنه أجدى ، فأما لو كانت لا تعلق عقيب الوطء فى العادة أو التبس الحال جاز الوطء لأن الأصل عدم العلوق وبقاء النكاح وجواز الوطء . وقد أشير إلى ضعف إطلاق المسئلة بقوله قيل . . فأما لو أراد بقوله : متى حبلت فأنت طالق العلم بحبلها لم تطلق

حتى يعلم حبلها علما شرعيا وهو الظن القوى وذلك بتحرك الولد ، وأما كِبرُ البطن والعيافة فلا يفيدان إلا الظن فإن كان قويا فهو العلم الشرعى كما تقدم . ﴿ و ﴾ يصح تعليق الطلاق ﴿ بالولادة ﴾ نحو إن ولدت فأنت طالق ﴿ فيقع ﴾ طلاقها ﴿ بوضع ﴾ ما فى بطنها بصفة ﴿متخلق﴾ أى قد تبين فيه أثر الخلقة ولو غير خلقة آدمى، لا بخروج المشيمة ولا بخروج يد أو نحوها أو بخروجه غير متخلق كالمضغة والعلقة . ولا بخروجه من غير الفرج بمعالجة حكيم يشق بطنها لأنه ليس بولادة فلا تطلق . فلو كان فى بطنها توءمان طلقت فى هذه الصورة بالأول لأنها ولادة . وأما انقضاء العدة فلا تنقضى إلا بوضع الآخر إن أتت به لدون ستة أشهر من حين وضع الأول لأنه حمل واحد كما يأتى فى بيان العدة فصل ١٧٦ .

﴿ لا ﴾ إذا كان الشرط ﴿ وضع الحمل ﴾ نحو أن يقول إن وضعت حملك فأنت طالق ، ﴿ فبمجموعه ﴾ يقع الطلاق لا بخروج الأول من التوأمين ولا يعتبر خروج المشيمة فيقع الطلاق ولو كانت باقية أو كان الحمل غير متخلق . وهكذا لو قال إن وضعت ما فى بطنك لم تطلق إلا بوضع الجميع ، فأما لو ماتت قبل وضع الحمل وضعاً تاماً لم تطلق وكذا لو مات الزوج .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان وإذا قال كلما ولدت فأنت طالق ثم ولدت ثلاثة فى بطن واحد فإن خرجوا دفعة واحدة طلقت واحدة وإن خرجوا مترتبين طلقت بالأول واحدة وبالثانى واحدة إن راجعها قبله وبالثالث واحدة إن راجعها قبله وإن لم يراجع انقضت عدتها بالآخر من الثلاثة أو بالثانى من الاثنين حيث لا ثالث .

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البيان والبستان: وإذا قال لامرأته إذا كان الذى فى بطنك غلام فأنت طالق وإن كان جارية فلا ، ثم ولدت غلاماً وجارية فحيث لا نيّة له فى اللفظين معاً تطلق باللفظ الأول، وحيث له نية فيهما معاً فإن نوى التأكيد طلقت باللفظ الأول أيضاً ، وصورته أن يقول : إن كان فى بطنك غلام فأنت طالق ونوى ولو كان

معه جارية، ثم قال وإن كانت جارية فلست بطالق ونوى ولو كان معها غلام ، وإن نوى باللفظين الاستثناء طلقت باللفظ الثانى . وصورته أن يقول : إن كان فى بطنك غلام فأنت طالق ونوى ألاّ يكون معه جارية، ثم قال وإن كانت جارية فلست بطالق ونوى ألا يكون معها غلام ، وإن نوى فى اللفظ الأول التأكيد وفى الثانى الاستثناء طلقت بهما معاً لأن الجملتين موجبتان للطلاق ، وصورته إن كان فى بطنك غلام فأنت طالق ونوى ولو كان معه جارية ، وإن كانت جارية فلست بطالق ونوى أن لا يكون معها غلام ، وإن نوى عكس هذه الصورة فنوى فى الأول الاستثناء وفى الثانى التأكيد لم تطلق وصورته على عكس ما مثلنا للصورة التى قبل هذه الصورة . وهذه إحدى الصورتين اللتين لا تطلق فيهما . وحيث لا نية فى اللفظ الأول ونوى فى الثانى فإنه نوى فيه التأكيد طلقت بالأول لحصول الشرط، والثانى إنما هو تأكيد له، وإن نوى فيه الاستثناء طلقت بهما معاً ، وحيث لا نية له فى اللفظ الثانى ونوى فى الأول فإن نوى فيه التأكيد طلقت به وإن نوى فيه الاستثناء لم تطلق؛ فصار للمسألة تسع صور: تطلق فى سبع صور منها، وفى صورتين لا تطلق وهما حيث قيّد اللفظ الأول بالاستثناء وأطلق اللفظ الثانى كالصورة التاسعة ، أو قيده بالتأكيد كالصورة الخامسة . وإنما يقبل قوله أنه نوى غلاماً وحده حيث جاء باللفظ الثانى ، وأما حيث لم يأت به فلا يقبل قوله فى الظاهر إلا أن تصادقه الزوجة .

﴿ فرعان[1] : الأول ﴾ إن قال إن كان فى بطنك غلام فأنت طالق واحدة وإن كانت جارية فأنت طالق اثنتين ثم ولدتهما معاً طلقت ثلاثاً على قول أهل الثلاث لا عندنا فواحدة، وكذا لو قال إن كان فى هذا الظرف حنطة فامرأته طالق وإن كان فيه شعير فعبده حر فوجدفيه حنطة وشعيراً وقع الطلاق والعتق، هذا إن لم يجر عرف بخلافه إذ هو يسمى فى عرفنا غليلا . ﴿ الثانى ﴾ مثاله كالأول فى الصورتين إلا أنه

(١) الفرعان ملخصان من البيان اهـ .

قال إن كان ما فى بطنك إن كان ما فى الظرف لم يقع شىء من الطلاق والعتق لأن لفظة ما هنا بمعنى الذى وهى تقتضى الـكل لأنها من صيغ العموم؛ وبهذا يظهر لك أن بين الفرعين فرقاً من غير تـكرار ولا مناقضة .

﴿ و ﴾ يصح تعليق الطلاق ﴿ بالحيض ﴾ نحو ان حضت فأنت طالق ﴿ فيقع ﴾ الطلاق ﴿ برؤية ﴾ أول ﴿ الدم إن تم ﴾ ذلك الدم ﴿ حيضاً ﴾ بأن يكون فى وقت إمكانه ويكون ثلاثاً فصاعدا إلى عشر . والعبرة بمذهب الزوجة فى الاعتداد بأنه حيض وفى قدره، فإن جاوز الدم العشر لحيث يكون كله استحاضة لا تطلق كما لو أتى فى غير وقت إمكانه أو انقطع فى دون الثلاث ولم يعاودها فى العشر وحيث يكون أوله حيضاً وجاوز العشر فالعشر حيض وما جاوزها استحاضة، وتطلق بعـد مدة الحيض فى أول مدة المجاوزة للعشر، فعلى هذا لو كانت ناسية لوقتها وعددها أو الوقت فقط لم يقع شىء من الطلاق عليها لعدم الحـكم بذلك الدم أنه حيض . وأما الزوج فلا يجوز له رؤيتها من حين ترى الدم إن ظن أنه حيض سواء كان الطلاق بائناً أم رجعياً وهو مضرب عن المراجعة لها وإلا جاز مطلقاً سواء تم حيضاً أم لا .

نعم ؛ ومتى علق طلاقها بالحيض وهى حائض لم تطلق إلا بحيضة أخرى غير ما هى فيها لاقتضاء الشرط الاستقبال ويكون بدعياً . أما لو قال أنت طالق فى الحيض وهى حائض طلقت فى الحال . فإن قال إن حضت حيضة فأنت طالق لم يقع الطلاق إلا حين تطهر من حيضها ويكون سنياً لأنه فى طهر .

﴿ فرع ﴾[1] فإن قال لزوجتيه إن حضتما فأنتما طالقان ثم ادّعيا الحيض فى مدة ممكنة فإن صادقهما طلقتا وإن كذبهما لم تطلقا إلا بشهادة عدلة على كل واحدة منهما، فلو بيّنت إحداهما فقط أو صادقها الزوج لم تطلق أيهما إلا أن تبيّن الأخرى بعدلة أو يصادقها الزوج طلقتا معاً لأن شرط طلاق كل منهما حيضهما معاً .

(١) عن البيان باختصار . اهـ

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البيان : وإذا قال لزوجته إن خالفت نهيى فأنت طالق ثم أمرها بشىء فخالفته لم تطلق وذلك لأنها خالفت الأمر دون النهى ، وكذا فى العكس لم تطلق إذا كان الزوج يميز بين الأمر والنهى، وأن الأمر بالشىء لا يكون نهياً عن ضده فإن كان لا يميز طلقت فى الطرفين .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا قال متى طلّقت امرأتى بالتشديد أو كلما طلّقتها فهى طالق وكرر ذلك لم يقع به شىء حتى يطلقها ناجزاً أو مشروطاً وحصل شرطه لم يقع شىء بعده من طلاقها الأول المعلق لأنه لا يتبع الطلاق الواقع ولو راجعها بعده إذ الطلاق لا يتبع الطلاق عندنا لأنه وقع الشرط وهى مطلقة فانحل الشرط بوقوع تلك الطلقة المشروطة عقيب الناجزة وإن لم تعد طلقة .

﴿١٦٨﴾ ﴿ فصل ﴾

ولما فرغ الإمام عليه السلام من الطلاق المشروط تكلم فى المعلق بوقت فقال: ﴿وما علق﴾ من الطلاق ﴿بمضى حين﴾ نحو أن يقول أنت طالق بعد حين ﴿ونحوه﴾ أى ونحو الحين وهو أن يقول بعد وقت ، أو بعد دهر ، أو بعد عصر ، أو بعد حُقُب أو نحوها مما لا يطلق على وقت معيّن بل يطلق على القليل والكثير والقريب والبعيد ﴿قيل وقع بالموت﴾ لإطلاق الحين على القليل والكثير من الزمان، والأصل أن لا طلاق فتبقى زوجة له حتى الموت فبه تعلم أنها طلقت قبله إما بموتها أو بموت الزوج. قال الإمام عليه السلام وهذه المسئلة غير منصوصة لأصحابنا ولكنها مأخوذة من كلام محمد بن يحيى الهادى وقد أوضحناه بقولنا ﴿ ومنه ﴾ أى ومن الواقع بالموت إذا قال أنت طالق ﴿ إلى حين ﴾[1] أو زمان أو نحوها . قال محمد بن يحيى : إن قال أنت طالق إلى حين

(١) وأما إذا قال فى حين أو فى وقت أو فى عصر أو فى دهر أو فى حقب فتطلق فى الحال حيث لم يكن له نية اه .

أوزمان فإن نوى وقتاً فذاك وإن لم ينو فإلى الممات لأنه فى التحقيق بمعنى بعد حين .
والمحصلون لمذهب الهدوية يعللون مسئلة محمد بن يحيى بأن إلى تستعمل للغاية وبمعنى مع فمن الأول قوله تعالى « وأتموا الصيام إلى الليل » ومن الثانى « ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم » واستعمالها للغاية لا معنى له فتعين أن تكون هنا بمعنى مع ، ويقدر فيها معنى الشرط أى إذا مضى حين ، قالوا والحين لفظة مشتركة تستعمل للصباح والعشى كقوله تعالى « حين تمسون وحين تصبحون » وبمعنى السنة وعليه قوله تعالى « تؤتى أكلها كل حين » أى كل سنة وقيل ستة أشهر ، وبمعنى أربعين سنة وعليه قوله تعالى « هل أتى على الإنسان حين من الدهر » وتطلق على العمر إلى منتهاه وعليه قوله تعالى « ومتعناهم إلى حين »[1] قالوا فإذا احتملت هذه المعانى حملت على المتيقن وهو العمر لأن الأصل عدم الطلاق . قال الإمام عليه السلام فى الغيث « وكلام أصحابنا فى هذه المسئلة أنها تطلق بالموت لأن الحين مشترك فى غاية الضعف والركة والمخالفة لمقتضى اللغة العربية » والمختار للمذهب فى هذه المسئلة أنها تطلق بعد مضى لحظة وهى ما يسع طلقة لأنه قيده بمضى حين وقد مضى الحين لأن الحين اسم جنس يصدق على القليل والكثير ، كعسل وسمن وماء ، فإذا مضى من الوقت ما يسع طلقة بعد إيقاع الطلاق المقيّد بمضى حين صدق عليه أنه قد مضى حين فيقع الطلاق المعلق بمضيه، كما لو قال أنت طالق بعد أن تنظرى شعيراً فإنها تطلق برؤية قليل من الشعير لأنه اسم لماهية هذا الجنس . ولهذا أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف قول محمد بن يحيى الهادى فى هذه المسئلة بقوله « قيل » وقد حذفه صاحب الأثمار .

---

(١) والظاهر أن الحين الذى جعل غاية للتمتيع فى الآية وهو وقت الإهلاك هو آخر العمر، إذ التمتيع واقع فى العمر والحين غاية لذلك وغاية الشىء منتهاه ، وإلا لكان المعنى ومتعناهم إلى عمر أى عمرهم ولا معنى له إلا أن تجعل إلى للظرفية كقوله تعالى : « ليجمعنكم إلى يوم القيامة » إلا أنه خلاف الأصل ولا يعدل عنه إلا لدليل والدليل هنا يؤيد الأصل اهـ .

﴿ و ﴾ من أحكام الطلاق إذا علق بوقت معين فإنه ﴿ يقع بأول المعيّن ﴾ نحو أنت طالق إذا جاء غد فإنها تطلق بأول غد وكذا بعد شهر ونحوه فإنها تطلق بأول الشهر الثانى، وكذا إذا قال أنت طالق غداً وإذا جاء غد، أو فى غد طلقت إذا طلع الفجر فإن نوى وقتاً بعينه من نصفه أو آخره فله نيته فى ظاهر الحكم وفيما بينه وبين الله فيصدق فى جميع الألفاظ .

﴿ فرع ﴾ فلو قال أنت طالق اليوم إذا جاء غد لم يقع شىء لا فى يومه ولا فى غد لأنه قدم المشروط وهو الطلاق فى اليوم على شرطه وهو مجىء الغد .

﴿ مسئلة ﴾ وأما تعليق الطلاق بمكان نحو أنت طالق فى المسجد أو فى السوق أو نحو ذلك فإنه لا يصح بل يقع الطلاق فى الحال ولو كانت فى غير المسجد ونحوه لأن الطلاق اسم معنى ولا يتوقف حصوله على حصول المكان وإن كان من لوازمه لأنه قد كان حاصلا من قبل بخلاف الزمان فإنه يقع فيه فيصح تعليقه كما مر[1] .

﴿ و ﴾ إذا علق بوقتين معينين وقع الطلاق فى ﴿ أول ﴾ الوقت ﴿ الأول ﴾ فى اللفظ حيث لا نية له ولو تأخر حصوله فى الواقع ﴿ إن تعدد ﴾ ذلك الوقت المعين

---

(١) فى فصل عدد ١٦٦ فى شرح قوله « ونفى أحد النقيضين » ولأن الزمان عرض سيال متجدد شيئا فشيئا فيصح التعليق بأى جزء مما سيكون من أجزائه المستقبلة لأن التعليق بشىء يتضمن معنى الشرطية، ومعنى الشرطية فيه حاصل وهو تعليق حصول مضمون جملة على تقدير حصول مضمون جملة أخرى، بخلاف المكان فانه جوهر ثابت قار الذات غير متجدد فهو كائن واقع دائماً من قبل التعليق به ومن بعده على سواء، فكان التعليق به وعدمه على سواء إذ لا معنى للتعليق بما هو واقع لانتفاء معنى الشرطية فيه فكان ذكره لغواً ووقع الطلاق المعلق به ناجزاً . « نعم » لا يقال هذا التعليق يقتضى التسوية فى الحكم بين التعليق بالمكان والماضى من الزمان لاشتراكهما فى الوقوع، ويأتى قريبا أن تعليقه بأمس لا يقع لأنه يقال التعليق فى هذا المثال تعليق بما يصح التعليق بجنسه . وإنما امتنع التعليق فيه بخصوصه لمخالفة مقتضى معنى الشرط فيه إذ هو تعليق بمستحيل لاستحالة وقوع ما سيقع فيما قد مضى ووقع ، فالمانع فيه طارئ عارض بخلاف التعليق بالمكان فهو تعليق بما لا يصح التعليق بجنسه ولا بنوعه فافترقا اهـ .

﴿ كاليوم غداً ﴾ فإذا قال أنت طالق اليوم غداً بعد غد طلقت فى الحال فإن راجعها لم تطلق غداً إذ لا عطف هنا يقتضى التشريك فى المتعدد فلم تقع إلا طلقة واحدة، كالعطف بحرف التخيير وإن تعدد . وإن قال أنت طالق غداً اليوم طلقت غداً لأن الطلاق يقع فى الظرف الأول ذِكراً فكان التلفظ بالظرف الآخر كالمنقطع عن الأول لا حكم له إذ المتعدد الوقت لا الطلاق كما تقدم ﴿ ولو ﴾ تعدد الوقت ﴿ بتخيير ﴾ أى بحرف يقتضيه كأوْ ، وإما ، وإن كثر الوقت المتعدد هنا نحو أنت طالق إما اليوم وإما غداً أو أنت طالق اليوم أو غداً أو بعد غدٍ طلقت فى الحال . ﴿ أو ﴾ تعدد بحرف ﴿ جمع ﴾ كالواو والفاء وثم. وينتهى التعدد بذكر الوقت الثالث هنا نحو أنت طالق اليوم وغداً، أو فغداً ، أو ثم غداً، فإنها تطلق فى أول الوقت المذكور أولا من الوقتين المذكورين أو الأوقات ، وتطلق أيضا فى الثانى والثالث إن كان قد راجعها فى صورة الجمع لا فى التخيير كما يأتى .

﴿ وقوله ﴾ ﴿ غالباً ﴾ عائد إلى صورتى التعدد بتخيير أو جمع يحترز به من نحو أن يقول فى الجمع أنت طالق غداً واليوم أو فاليوم أو ثم اليوم ولا يراد بذلك الترتيب هنا، وكذا الحكم فى العطف ببل ، ولكن وحتى فى المستثنى والمستثنى منه . ولهذا قال فى الأثمار: ولو بعطف «غالباً» فعم ولم يخص، وفى التخيير نحو أنت طالق غداً أو اليوم ، أو إما غداً أو إما اليوم فإنها تطلق طلقة واحدة فى الحال بأول الآخر لفظاً وهو اليوم ، وتطلق فى اليوم الثانى أيضاً إن راجع فى صور الجمع لا فى التخيير إذ ليس الواقع فيه إلا طلقة واحدة وإنما المتعدد وقت وقوعها وإن كثر فإذا وقعت فى وقت منها بقى غيره وقتاً لا طلاق فيه ، وأما فى صور الجمع فالطلاق متعدد بتعدد الأوقات المعطوفة بحرفها إلى الثالث منها .

﴿ و ﴾ من قال أنت طالق ﴿ يوم يقدم ﴾ زيد ﴿ ونحوه ﴾ كيوم أدخل الدار وما أشبه ذلك فإنها تطلق ﴿ لوقته ﴾ أى لوقت القدوم والدخول بشرط أن يكون القادم

والداخل حياً مختاراً فلو حمل ميتاً أو قدم مكرهاً لم تطلق لأنه مقدوم به ومدخول لا قادم ولاداخل، وسواء وقع ذلك ليلا أم نهاراً لأن قوله يوم يقدم فلان بمعنى وقت قدومه ﴿ عرفا ﴾ أى لأن ذلك معناه فى العرف فان قصد النهار فقط فله نيته .

﴿ و ﴾ إذا قال أنت طالق ﴿ أول آخر ﴾ هذا ﴿ اليوم ﴾ أ ﴿ و عكسه ﴾ وهو آخر أول هـذا اليوم فحيث له نية عمل بها باطناً وظاهراً إن صودق وحيث لانيـة له فذلك ﴿ لنصفه ﴾ فاذا قال أنت طالق أول آخر هـذا اليوم أو آخر أوله وقع الطلاق عنـد انتصاف النهار وهكذا فى الشهر ونحوه إذا قال فى أول آخره أو فى آخر أوله فانه يقع الطلاق فى اليوم الخامس عشر إذا وفى الشهر ثلاثين وإن نقص يوما ففى نصف الخامس عشر ، وإذا مضى نصف اليوم أو الشهر لم يقع شىء كما لو قال أنت طالق أمس .

﴿ و ﴾ إذا قال أنت طالق ﴿ أمس ﴾ أو العام الماضى أو الشهر أو الأسبوع الماضيين فإنه ﴿ لا يقع ﴾ لأنه علقه بمستحيل لا أن يقول من أمس أو فى أمس فهو إقرار بالطلاق فيقع ، فإذا قال أنت طالق غدا أمس أو أمس غد بالإضافة فيهما طلقت فى الحال لأن غدا أمس هو اليوم وأمس غد هو اليوم[1] . فلو قال امس غداً من غير إضافة فظاهر الأزهار يقع فى غد لأنه علقه بمستحيل وممكن فيقع فى الممكن .

﴿ و ﴾ من قال أنت طالق ﴿ إذا مضى يوم ﴾ وكان هذا الإنشاء ﴿ فى النهار ﴾ لافى الليل فإنها تطلق ﴿ بمجىء مثل وقته ﴾ الذى أنشأ هذا الطلاق فيه فإذا طلقها الظهر مثـلا طلقت وقت الظهر من اليوم الثانى ، ومثـله فى الليل فإذا قال أنت طالق إذا مضت ليلة وكان هـذا الإنشاء فى الليل لأنها تطلق بمجىء مثل وقته من الليلة المستقبلة .

---

(١) ان كان فى النهار لا فى الليل فلا يقع شىء إلا أن يكون فى القيام المعتاد للعرف وقبـل الفجر وقع بفجر يومه كما فى البيان اه .

﴿ و ﴾ إن قال أنت طالق إذا مضى يوم وكان هـذا الإنشاء ﴿ فى الليل ﴾ طلقت ﴿ لغروب شمس تاليه ﴾ أى لغروب شمس اليوم التالى لهذا الليل . ﴿ و ﴾ إذا قال أنت طالق إذا رأيت ﴿ القمر ﴾ طلقت إذا رأته ﴿ لرابع الشهر ﴾ أى فى ليـلة رابع الشهر وما بعده من أيام الشهر ولياليه ﴿ إلى[1] سبع وعشرين ﴾ أى إلى ليلة يوم سبع وعشرين من ذلك الشهر مع يومها ولا تدخل ليلة ثامن وعشرين فى ذلك لأنه يسمى فيه هلالا كما يأتى وسـواء كان الشهر كاملا أم ناقصاً فتطلق برؤيته ليلا أو نهاراً فى هذه المدة لأنه يسمى قمراً فى جميعها فالعبرة بقصده هل قصد جرم القمر أم نوره فإن لم يكن له قصد فالجرم ، ولا تطلق إذا رأت النور أو رأت الجرم فى المرآة أو الماء إلا أن ينوى ذلك ، فإن علق الطلاق برؤية الهلال طلقت إذا رأته بنفسها من أول ليلة فى الشهر إلى ليلة ثالثه مع يومها وكذا ليلة ثامن وعشرين وتاسع وعشرين وذلك مدة ماعدا مايسمى قمراً .

﴿ و ﴾ إذا قال أنت طالق إن رأيت ﴿ البدر ﴾ لم تطلق إلا إذا رأته ﴿ لرابع عشر فقط ﴾ وهذا فى غالب الأحوال وإلا فقد لايكمل بدراً إلا فى ليلة خامس عشر فالعبرة بتمامه بدراً ولو رأته كاسفا إن لم يكن له قصد أو رأته نهاراً .. أما لو علق الطلاق أو العتاق بليلة القدر فإن كان قبل دخول الليلة التاسعة عشرة وقع ذلك فى أول دخول آخر ليلة من العشر الأواخر وإن كان بعـد دخولها لم يقع إلا بانقضاء آخر ليلة من العشر الأواخر من شهر رمضان للسنة المستقبلة فان عين الليلة الأولى لم يقع ذلك لجواز تنقلها .

﴿ و ﴾ إذا قال أنت طالق يوم ﴿ العيد ﴾ أو فى يوم العيـد طلقت بدخول أول العيد الأول أى بأول أقربهما إلى يوم الطلاق . ﴿ و ﴾ كذا لو علق الطلاق بأى هذه الثلاثة الأوقات وهى شهر ﴿ ربيع وجمادى وموت زيد وعمرو ﴾ فهذا التعليق يكون

(١) هنا إلى بمعنى مع اه .

﴿ لأول الأول ﴾ حصولاً لأنه علق الطلاق بظرف ممتد متعدد فتطلق فى أول جزء من الأول فى جميع هـذه المُثُل : ففى العيد تطلق بأول فجر أول عيد يكون من بعـد إنشاء الطلاق ولو كان عيـداً فى عرف المطلّق كرجب إذا جرى العرف بإطلاق اسم العيد عليه كعرف بعض العوام لأن كثيراً من الأحكام تتعلق بالأعراف، وإن كان اعتقاد العيد فى رجب بدعة كما أن الطلاق البدعى بدعة وهو واقع ، وإذا كان التعليق بعده وقع بطلوع فجر يوم عيد الإفطار وبعده بفجر عيـد الأضحى . ويبطل التعليق بوقوع الطلاق عليها مرة واحدة فى أول عيد فلا تطلق فى عيد بعده ، وكذا لو قال يوم الجمعة فإن قال فى العيد طلقت فى كل عيـد مع تخلل الرجعة حتى تبين منه وكذا لو قال فى الجمعة . وإذا قال أنت طالق فى شهر ربيع طلقت فى أول يوم من شهر ربيع الأول إذا قال ذلك قبل دخوله، وإن كان فيه طلقت فوراً سواء كان الأول أو الثانى ، وكذا لو قال أنت طالق فى جمادى ، وإذا علقه بموت زيد وعمرو نحو أن يقول أنت طالق يوم يموت زيد وعمرو فإنها تطلق بموت الأول منهما إن ترتب موتهما لأنه وقّته بحصول وقت موتهما . وقد حصل أوله بموت الأول بخلاف ما لو جعل موتهما شرطاً نحو إذا مات زيد وعمرو فإنها لا تطلق إلا بموتهما معاً فإن كان قد مات أحـدهما فلا طلاق لاستحالة شرطه .

﴿ و ﴾ إذا قال أنت طالق ﴿ قبل كذا ﴾ كان هذا غير مقيد بمستقبل وإنمـا هو ﴿ للحال ﴾ فإذا قال أنت طالق قبل موتى أو موت زيد أو قبل طلوع الشمس أو نحو ذلك مما هو مقطوع بحصوله فإنها تطلق فى الحال، فإن قال قبل قدوم زيد ونحوه ممـا لا يقطع بحصوله فإنها تطلق فى الحال أيضاً بشرط قدوم زيد حيًّا مختاراً فيكون قدومه كاشفاً لوقوع الطلاق عقيب الـكلام ، ولـكن أحكام النكاح ثابتة فيجوز الاستمرار على الوطء فى هـذه الصورة لعدم القطع بقدومه والأصل بقاء النـكاح ما لم يغلب فى الظن حصول قدومه فلا يجوز الوطء . فإن قال قُبيْل كذا فإنه يقع فى الوقت الذى

يعقبه ذلك الشيء لا قبل المستحيل ، فإذا قال أنت طالق قبل طلوعك المريخ لم تطلق إذ لا قبل للمستحيل فإن صار غير مستحيل وقع الطلاق قبيل الطلوع .

﴿ و ﴾ إن قال أنت طالق قبل كذا ﴿ بشهر ﴾ طلقت ﴿ لقبله به ﴾[١] أى لقبل ذلك الأمر بشهر، فإذا قال أنت طالق قبل موتى بشهر طلقت قبله بشهر وأحكام النكاح ثابتة حتى يقع الموت فيكون كاشفاً، فإذا وطئ فى الشهر جاز ويكون رجعة فى الرجعى ويلزم لها مهر المثل فى البائن والعدة من حين العلم للعاقلة الحائل لا الاستبراء فلا يلزم من مائة لمائة فإن مات قبل مضى شهر لم يقع شىء فإذا ماتت المرأة قبل مضى الشهر والزوج بعده وقع الطلاق حيث بين موتهما شهر فما دون فلا يرث منها إن كان الطلاق بائناً وإن كان أكثر فلا يقع شىء إذ هو كأمس .. ﴿ و ﴾ إذا قال أنت طالق ﴿ قبل كذا وكذا بشهر ﴾ نحو أن يقول أنت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر طلقت ﴿لقبل﴾ موت ﴿ آخرهما به ﴾ أى بشهر فإن كان الزوج أحدهما لم تطلق إلا أن يكون آخراً أو أولاً ومات الآخر بعده قبل مضى شهر من موته فما دون لأنه ينكشف أنه مات وقد طلقت .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا كتب أنت طالق ثم استمد بالقلم من الدواة ثم كتب إذا إذا جاءك كتابى أو إذا فعلت كذا فإذا كان استمداده من الدواة لانقطاع المداد من القلم عفى عن ذلك وصح ما شرطه بعده ، وإن كان لغير حاجة إليه أو لحاجة أخرى وقع الطلاق فى الحال ولم يصح ماشرطه بعده، كما إذا سكت لغير حاجة ثم شرط شرطاً أواستثنى بعده لم يصح؛ حكى ذلك فى البيان عن البحر. ولعله يستقيم حيث لم ينو الشرط فأما حيث هو ناو له فهو يصح بالنية فى الباطن ولو لم يكتب .

﴿مسئلة﴾[٢] وإذا كتب أنت طالق عند وصول كتابى ثم ضاع الكتاب أو بعضه

(١) وكذا بعده نحو أن يقول أنت طالق بعد كذا بشهر الا موته إذ قد خرجت من حباله اه.
(٢) تستفاد من البيان اه .

ولم يبق منه المقصود لم تطلق ، وإذا وصل الكتاب وقد طمس بعضه لم تطلق سواء كان المقصود أم غيره لأن قوله كتابى يعم جميعه ولم يصل على صفته .

﴿ و ﴾ من أحكام الطلاق أنه ﴿يدخله الدور﴾[1] وهو توقف الشىء على ما يتوقف عليه. وله صور « منها » ما يتمانع فى نفسه ولا يمنع الناجز وهو أن يقول : من لم تطلّق منكنّ فصواحبها طوالق وكذا أنت طالق واحدة بعد واحدة أو قبل أو جنب أو تحت أو فوق واحدة ، وكذا لو قال أنت طالق واحدة بعدها واحدة أو واحدة قبلها واحدة، فهذه الصور الثلاث لا يقع فيها شىء فيتمانع فى نفسه؛ ولا يمنع الناجز إذا وقع من بعد لأنه شرط وقوع الواحدة بواحدة بعدها أو قبلها فى الصورتين الأخيرتين وحيث تتقدمها أو تكون بعدها واحدة فإنها لا تقع المتأخرة منهما لأن الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق ، وإذا لم تقع المتأخرة لذلك لم تقع المتقدمة إذ هى مشروطة بأن تقع بعد واحدة ولم تصح لما قلنا . وأما فى الصورة الأولى فإن شرط الطلاق فى كل واحدة منهن هو عدم طلاق الباقيات ، فلو قلنا انه حصل الشرط وهو عدم الطلاق فيطلقن لأدّى إلى بطلان الشرط وإذا بطل لم يقع الطلاق سواء قلنا ان مَن للفور أم للتراخى لبطلان الشرط والمشروط أى من جهة المعنى إذ لا شرط ولا مشروط صراحة وأما الذى يتمانع فى نفسه ويمنع الناجز فهو يسمى بـ ﴿الدور العام﴾ وله صورتان : إحداها تصلح لأهل التتابع وغيرهم وهو حيث قال أنت طالق ثلاثاً قبل أن يقع عليك طلاق ، والثانيـة تصلح لمن لا يقول بالتتابع وهى أن يقول أنت طالق قبيل أن يقع عليك طلاق فهذا يتمانع عند أهل المذهب فقط، ويمنع الناجز لأنه متى أوقع عليها طلقة ناجزة انكشف كونها مطلقة من قبل، والقبل مشروط بهـذا فلا تقع الآخرة لأن الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق وإذا لم تقع الآخرة لم تقع الأولى لأنه جعلها قبل الآخرة

---

(١) والفرق بين الدور والتحبيس أن الدور لا شرطية فيـه ولا مشروط أى صريحين . والتحبيس فيه شرط ومشروط صريحان . اه

والآخرة لم تقع، ولا قبل لغير واقع، ولا واقع فى غير قبل أو بعد، إلا أن البعدية هنا غير مذكورة وقد ذكرناها قبل هـــذا . ومع قولنا قبيل لا يحتاج أن يقول بساعة لا تتسع لرجمة وطلاق لأن قبيل وقت مضيق يلتصق بالطلقة الناجزة فلا يكون بينهما فاصل بخلاف ما إذا قال قبل فالقبل متسع من عند النطق إلى أن يوقع الطلاق الناجز فيمكن إبطال الدور فيه بأن يراجع إذا كان الطلاق رجعياً بقول أو فعل كوطء أو نحوه ثم يطلق، ويكشف الطلاق الناجز عن طلاق متقدم وقع بعده رجعة فيقعان معاً، فإذا قال لا يتسع لرجعة قيد ذلك القبل بأن لا يتسع لغير الطلقة فلا يتصور منـه رجعة وكذا لو طلق وقصد بالساعة اللحظة ـ أى لا تتسع لغير اللفظ بالطلاق ـ أغنى عن أحد القيدين المذكورين . ولا فرق بين أن يقول طلاق منى أو طلاق لأن من لم يصح منه الفعل لم يصح منه التوكيل به . اللهم إلا أن يكون قد ملك الطلاق من قبل ثم أوقع الدور فإنه يفترق الحال بين أن يقول طلاق فيمتنع طلاق الوكيل وبين أن يقول طلاق منى فيمتنع طلاقه لا طلاق الوكيل ولو لم يبق له إلا طلقة واحدة وقال أنت طالق قبل أن يقع عليك طلاق كان دوراً ولا يحتاج إلى أن يقول قبيل ولا أن يقول بوقت لا يتسع لرجعة، إذ لا يتصور بعد الثلاث رجعة .

واعـلم أنه لا ينبغى لذى عقل أن يورط نفسه فى مأزق الطلاق بالدور العام وقد جعل الله له فى شرعه السهل سعةً ويسراً إذ قد يضطر إلى الطلاق فى وقت ما بل قد يجب عليه ، وحسن المخرج لإنقاذ من تورط فيه إما أن يحكم الحاكم ببطلانه أو يعقد بطفلة فى الحولين إن لم يكن تحته أربع ثم ترضعها زوجته المدورة أو أمها أو أختها أو نحوهما ممن لا يحل الجمع بينهما فيفسخ نـكاحها ويحرمان عليه معاً إن كان قد دخل بالمرضعة أو نحو ذلك وإلا حرمت الرضعة فقط ويعقد بالصغيرة إن شاء، فإن أرضعتها أم زوجته المدورة انفسخ النكاح ويعقد بالمدورة أو الصغيرة إن شاء .

﴿ ولا يصح التحبيس ﴾ فى الطلاق ﴿ وهو ﴾ ما نطق فيـه بأى أدوات الشرط

فلا يقع به منع الطلاق الناجز ، وله صور عامة وخاصة «فن الأولى» أن يقول لزوجته ﴿ متى وقع عليك طلاق[1] فأنت طالق قبله ثلاثاً ﴾ هـذه الصورة تصلح لمن يقول الطلاق يتبع الطلاق ومن يمنع، ويكفى على أصلنا أن يقول فأنت طالق قبله لأن الطلاق لا يتبع الطلاق عندنا ، وكذا لو قال كلما وقع عليك طلاق ، أو إذا وقع عليك طلاق فأنت طالق قبله ، ومعنى التحبيس هو أن الرجل إذا أراد أن لا يقع على زوجته منه طلاق لا ناجز ولا مشروط فإنه يقول لها كذلك فلا تطلق من بعـده لأنه إذا أوقع عليها طلاقاً ناجزاً انـكشف أنها قد كانت طلقت قبله ثلاثاً فلا يقع الناجز ، وإذا لم يقع لم تقع الثلاث لأن وقوعها مشروط بأن يقع عليها طلاق فيتمانع الشرط والمشروط فلا يقع ، وهذه الحيلة عندنا باطلة لـكن يقع الناجز دون المشروط .

« ومن الثانية » : إذا طلقتك طلاقاً رجعيًا فأنت طالق قبله ثلاثاً متخللات الرجعة فينحبس الرجعى ، وإذا قال : إذا طلقتك ثلاثاً فأنت طالق قبله ثلاثاً متخللات الرجعة فينحبس التثليث فقط . أو أنت طالق اليوم ثلاثاً أى كذلك إن طلقتك غداً فينحبس تطليق غد لا تطليق اليوم ، ومنه إن لم أحج هـذه السنة فأنت طالق ثلاثا كذلك .

﴿ فرع ﴾ إذا قال رجل لزوجته: إن لم أحج هذا العام فأنت طالق ثلاثا ثم قال لها قبل أن يحنث إن حنثت فى يمينى فأنت طالق ثلاثا قبل حنثى ، فالمختار للمذهب أن اليمين الأولى الجزاء فيها متأخر عن الشرط فيحنث فيها بعدم الحج وتقع طلقة واحدة، واليمين الثانية من باب التحبيس لا تقع لأن فيه تقدم المشروط على شرطه فلا تـكون مانعة من وقوع الطلاق من اليمين الأولى، فإن قال أنت طالق قبيل أن يقع الطلاق المشروط امتنع المشروط ولا يمتنع الناجز .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الطلاق ﴾ أنه ﴿ مهما ﴾ علق طلاق زوجتـه على شرط

---

(١) صوابه طلاق اهـ .

و ﴿ لم يغلب ﴾ فى ظنه ﴿ وقوع ﴾ ذلك ﴿ فى الشرط[1] لم يقع المشروط ﴾ وهو الطلاق المعلق لتيقن النكاح فلا يرتفع بالشك الطارئ حتى يغلب على ظنه أن شرط طلاقها قد وقع ، فمهما غلب على ظنه وقوعه ثبت الطلاق ، ومثل ذلك لو رأى طائراً فقال إن كان هذا غراباً فامرأته طالق فطار الطائر فلم يعرف أكان غراباً أم غيره لم يقع الطلاق ، لأن النكاح المتيقّن لا يرتفع بالشك الطارئ . ويستحب له رفع اللبس بأن يقول وإن لم يكن غراباً فهى طالق ثم يراجعها حيث له ذلك .

﴿ وما أوقع ﴾ من الطلاق ﴿ على غير معيّن ﴾ من الزوجات ﴿ ك ﴾ أن يقول زوجته طالق وله زوجتان أو يقول زينب طالق وكل واحدة اسمها زينب ، أو أقبل نساؤه جميعاً فقال ﴿ إحدا كن ﴾ طالق أو أتى بحرف التخيير فقال هذه أو هذه أو هذه طالق وكذا لو قال فلانة أو فلانة أو فلانة طالق أو نحو ذلك كما يأتى فى الحكم الثامن من أحكام الطلاق وهذا إذا لم يقصد واحدة معينة منهن ، فإن قصد واحدة معيّنة وقع الطلاق عليها ويقبل قوله ظاهراً وباطناً لأنه أعرف بقصده ولا يعرف إلا من جهته كما تقدم. وحيث لا يعيّن إحداهن لفظًا أو نية ﴿ أو ﴾ طلق واحدة معيّنة منهن ثم ﴿ التبس ﴾ عليه ﴿ بعد تمييزه ﴾ لها باللفظ أو النية أيّتهنّ المطلقة ﴿ أو ﴾ كان قد علق طلاق كل واحدة من نسائه بشرط ثم وقع بعض الشروط والتبس عليه ﴿ ماوقع شرطه ﴾ أى من وقع شرط طلاقها منهن كمسئلة الطائر حيث قال إن كان غراباً فأنت يا فلانة طالق وإن لم يكن غراباً فأنت يا فلانة طالق ثم طار الطائر والتبس ما هو فإن إحداهما قد وقع شرط طلاقها لا محالة لكن التبست . نعم ؛ إذا التبست المطلقة بغيرها فى إحدى هذه الصور الستّ وحكمها على سواء فقد وقع طلاق واحدة منهن قطعًا إلا أنها ملتبسة ووقوعه من يوم إيقاعه أى من وقت حصول شرطه إن كان مشروطًا وكذا العدة ، ولا يقال العدة من يوم العلم لأنه قد حصل العلم بوقوع

---

(١) وللزوجة تحليفه أنه لم يغلب فى ظنه وقوع الشرط اه .

الطلاق فى الجملة . فمتى وقع الطلاق على أىّ هـذه الصور ثبت لذلك أربعة أحكام فى النكاح والمهور والميراث والعدة .

﴿ الحكم الأول ﴾ فى النكاح وهو أنه تحل له الخامسة لأنها قد طلقت إحداهن إذا كنّ أربعًا وكان الطلاق بائنًا أو رجعيًا وقد انقضت العدة وتحرم عليه أخت كل واحدة منهن أو نحوها ولو كان الطلاق بائنًا لعدم العلم بأن أختها هى المطلقة و﴿أوجب﴾ عليه هـذا الطلاق ﴿ اعتزال الجميع ﴾ من الزوجات لالتباس المطلقة بغيرها منهن إذا كان الطلاق بائنًا أو رجعيًا وقد انقضت العدة أو كان مضربًا عن مراجعة من قد طلقها . فإن وطئ بعضهن أو كلهن لم يحد سواء كان عالمًا أم جاهلاً بالتحريم لقوة الشبهة هنا ﴿ فلا يخرجن ﴾ من عقدة نكاحه ﴿ إلا بطلاق ﴾ أو فسخ أو موت إذ كل واحدة منهن زوجة بيقين ولم يعلم أن طلاقها قد وقع فلا تخرج كل واحدة منهن إلا بطلاق ونحوه ﴿ فيجبر ﴾ الزوج ﴿ الممتنع ﴾ من الطلاق على طلاقهن جميعًا أو على مراجعتهن جميعًا حيث له ذلك أى يجبره الإمام أو الحاكم على أحدهما بناء على صحة الرجعة المبهمة كما يأتى . ولا يتصور عندنا إجبار على الطلاق إلا فى إحدى هـذه الصور فقط .

﴿ فإن تمرد ﴾ من الطلاق أو الرجعة حيث له ذلك ﴿ فالفسخ ﴾ يعنى فيفسخ الحاكم ذلك النكاح بين الزوج وبينهن ويلزم على كل واحدة أن تعتد عدة فسخ وعدة طلاق أيضًا وفسخ الحاكم لا يحسب على الزوج طلقة ولو كان الفسخ بلفظ الطلاق . والفسخ هنا صحيح على المختار للمذهب فى هـذه الصورة فقط ولم يأت لأهل المذهب جواز فسخ الحاكم نكاح غيره فى غيرها . ووجهه أنا إذا أبقيناه على تمرده عن الطلاق والرجعة كان ذلك إضرارًا بالزوجات والله يقول : « ولا تضاروهن » .

﴿ ولا يصح منه ﴾ أى من الزوج ﴿ التعيين ﴾ للطلاق فى إحداهن حيث لا نيّة له لأن حكمهن فيه على سواء للّبس فصرف الطلاق إلى واحدة تخصيص بلا مخصص

فلا يصح فى جميع صـور الالتباس التى مرت . والمراد أنه لا يصح منه أن يقول قد عينت هذا الطلاق الواقع فى فلانة سواء كان ذلك قبل موت إحداهن أم بعده وسواء أراد أن يعينه على الحية أم على الميتة ، وأما لو قال المطلقة هى فلانة فإنه يقبل قوله ظاهراً وباطنا أنهـــا هى المقصودة بالطلاق الواقع على غير معينة منهن لأنه إقرار والإقرار بالطلاق طلاق وسواء صادقته أم لا، لا فى التى التبس طلاقها بعد تعيينه فلا يقبل قوله فى تعيينها بأنها التى كان أرادها بالطلاق بعد إقراره باللبس إلا أن تصادقه فى ذلك .

﴿ و ﴾ إذا أراد الزوج أن يرفع اللبس كما هو الواجب عليه فإنه ﴿ يصح ﴾ منه ﴿ رفع اللبس ﴾ الحاصل من الطلاق. ورفعه يكون إما ﴿ برجمة ﴾ لمن كان قد طلقها إذا كان الطلاق رجعياً فيقول من طلقت منكن فقد راجعتها فتصح هذه الرجعة ولو كانت على مجهولة غير معينة لما كانت المطلقة غير معينة كما تصح الرجعة المبهمة حيث طلق زوجاته أجمع ثم راجع واحدة منهن غير معينة فإنه يصح ذلك ثم يعين تلك الرجعة على من شاء منهن كما يأتى قياساً على الطلاق المبهم وإن لم يصح فيه التعيين وعلى النكاح كما إذا تزوج بواحدة من بنتى عمين والتبست فإنه يقول لوليها قد زوجتنى من لم أكن تزوجت بها فيصيران زوجتيه معاً ... ﴿أو﴾ بإيقاع ﴿ طلاق ﴾ آخر على من لم تكن قد طلقها فيقول من لم أكن قد طلقتها منكن بهذا الطلاق الملتبس فهى طالق فيصرن كلهن مطلقات . ثم يراجع من شاء منهن أو جميعهن حيث له ذلك. فلو كان قد طلق واحدة منهن معينة وراجعها قبل هذه الطلقة الملتبسة ثم فعل ما ذكرنا بقى لها طلقة واحـدة فقط لجواز أن تكون الطلقة الملتبسة وقعت عليها أيضاً وللبواقى اثنتان لما ذكرنا فإن كانت الأولى ملتبسة أيضاً وقد راجع حصل لـكل واحدة طلقة أيضاً لتجويز وقوعها على كل واحدة كالأولى فإذا أراد رفع اللبس قبل الرجعة من الأخرى قال من لم أكن طلقتها منكن ثانياً فهى طالق فيصرن كلهن مطلقات ثم يراجعهن

إن أحب، ثم يقول من لم أكن طلقتها منكن أولا فهى طالق ثم يراجعهن إن أحب فتبقى كل واحدة عنده فى طلقة واحدة، و إن أراد رفعه بعد الرجعة من الأخرى لم يلزمه الترتب بين قوله ثانياً وقوله أولا كما تقدم فيقدم أى اللفظين شاء إذ لم يوقع الطلاق فى هذه الحال إلا على مراجعة .

﴿ فرع ﴾ فإن كان قد طلق واحدة منهن اثنتين وراجعها قبل الطلقة الملتبسة حرمت عليه لجواز أن تكون هذه الطلقة الملتبسة وقعت عليها أيضاً فتكون مثلثة ولا تخرج منه إلا بطلاق لجواز أن تكون وقعت عليها لأن الأصل بقاء النكاح، فإن فسخ الحاكم لم يجز له أن يتزوجها قبل أن تنكح زوجاً غيره لجواز أنها مثلثة وإذا تزوجها بعد التحليل لم يملك عليها إلا واحدة من الطلاق لأن الزوج الثانى لا يهدم من الطلاق إلا ثلاثة كما يأتى لا الواحدة والاثنتين فليبنى على ما مضى .

﴿ فرع ﴾ آخر ، وهكذا إذا طلق واحدة منهن غير معينة ثم راجع ثم أوقع طلقة على واحدة غير معينة ثم راجع ثم أوقع الثالثة كذلك فالحكم واحد كما تقدم فكل واحدة يجوز أنها طلقت مرة ومرتين وثلاثاً، وإذا أراد رفع اللبس بالطلاق قال من لم أكن قد طلقتها منكن ثلاثاً فهى طالق، ثم يراجعهن ثم يقول من لم أكن قد طلقتها منكن ثانيا فهى طالق، ثم يراجعهن ثم يقول من لم أكن قد طلقتها منكن فهى طالق فيطلقن الجميع ثلاثاً ثلاثاً فإن قدم لفظ أولا على لفظ ثانيا جاز حيث كان قد راجع فى جميع الثلاث الأول كما تقدم لأنه لا ترتيب بين إيقاع الطلقة الثانية والأولى الواقعتين لدفع اللبس بعد الرجعة وأما لفظ ثالثاً فلا بد من تقديمه لعدم شرعية الرجعة بعد الطلقة الثالثة .

﴿ والحكم الثانى ﴾ فى المهر فى هذه الصور المذكورة قبل رفع اللبس : فإن كان قد دخل بهن أو خلا خلوة صحيحة مع التسمية الصحيحة كان لكل واحدة ماسمى لها أو مهر مثلها إن لم يسم مع الوطء سواء مات أو طلق أو فسخ ولو كان سبب

الفسخ من جهته، وإن لم يكن قد دخل بهن فإن طلقهن فلكل واحدة نصف المسمى إن سمى وإن لم يسم فالمتعة لكل واحدة . وإن مات وقد سمى لهن مهراً وجب لهن ثلاثة مهور ونصف بينهن أرباعاً لأن الموت بمنزلة الدخول فى حق غير المطلقة فللثلاث المهر كاملا وللمطلقة نصفه، وهذا اتفاق بين أهل الفقه والفرائض حيث كلهن مدخولٌ بهن مسمى لهن أو غير مسمى، ويختلفن فيما اختلف من ذلك . فإن اختلفت مهورهن فى القدر واختلفن فى الدخول وعدمه فالمذهب على طريقة أهل الفقه إن مات قبل الدخول واختلفت المهور جمعتها وأسقطت نصف الأكثر من مجموعها ثم تنسبه منها فما حصل لتلك النسبة أسقط من مهر كل واحدة بقدرها من ربع أو خمس أو نحو ذلك . وقد يختلف الحال باختلاف مقادير المهور هذا هو الضابط فى مثل ذلك . فإن كان مهر الأولى اثنتين وثلاثين أوقية ، ومهر الثانية ثمان أواق ، ومهر الثالثة تسعة عشر ومهر الرابعة أربعة وعشرين، فتقدر أن صاحبة الاثنتين والثلاثين هى المطلقة غير مدخولة لأن الأصل براءة الذمة من الزائد فيسقط نصف مهرها وهو ستة عشر من الثمانين التى هى أصل المهر وهو ستة عشر، ثم نظرنا إلى جملة مهورهن فوجدناها ثمانين ثم نسبنا هذا الساقط وهو ستة عشر من الثمانين التى هى أصل المهر فوجدناه خُمُسَه فيسقط على كل واحدة خمس ما كان تستحقه وعلى هذا القياس . وإن كان قد دخل ببعضهن فإما أن يموت عنهن أو يطلق أو يفسخ، فإن مات فإما أن يسمى مهراً أولا فإن سمى فحيث يكون قد دخل بثلاث كان لهن مهورهن كاملة وللتى لم يدخل بها ثلاثة أرباع مهرها وهو المختار للمذهب على طريقة أهل الفقه، لأنك تقدر أنها مدخول بها فلها المهر كاملا وأنها غير مدخول بها فلها نصفه على حالين فتستحق نصف التقديرين. وإن كان قد دخل بواحدة فقط كان للمدخول بها مهر كامل وللثلاث الأخريات مهران وثلاثة أرباع مهر لأنك إن قدرت أن الطلاق وقع على المدخول بها كان لهن ثلاثة مهور لأن الموت كالدخول ، وإن قدرت أنه وقع على إحدى الثلاث كان لهن مهران

ونصف فقد اجتمع معك خمسة مهور ونصف على حالين : تخرج للحال مهران وثلاثة أرباع مهر ، وإن دخل باثنتين فلهما مهران وللأخريين مهر وثلاثة أرباع مهر اتفاقا لأنك تقول المطلقة من المدخولتين فلهما مهران ، المطلقة من غيرهما فلهما مهر ونصف ، وجملة ذلك ثلاثة مهور ونصف على حالين يخرج للحال مهر وثلاثة أرباع مهر هذا حيث مات وقد دخل ببعضهن وسمى . فإن مات ولم يكن قد سمى فلمن دخل بها مهر المثل واحدة كانت أو اثنتين أو ثلاثة ، ولغير المدخول بها نصف متعة بينهن واحدة كانت أو اثنتين أو أكثر لأنك تقول : أنتِ المطلقة فلك المتعة ، غيرك المطلقة فلا شيء لك على حالين يخرج للحال نصف متعة . وإن سمى لواحدة فلها المسمى إذا دخل بها أو خلا خلوة صحيحة وإلا فثلاثة أرباع مهر وللبواقي نصف متعة بينهن لأنك إن قدرت المطلقة منهن فلهن متعة واحدة وإن قدرت المطلقة من غيرهن فلا شيء يخرج لهن نصف متعة . وإن سمى لثنتين فلهما مسماهما إن دخل بهما أو خلا خلوة صحيحة وإلا فمهر وثلاثة أرباع مهر لأنك تقول : المطلقة منكما فلكما مهر ونصف ، المطلقة من غيركما فلكما مهران على حالين يخرج مهر وثلاثة أرباع مهر وللأخريين نصف متعة اتفاقاً فى المتعة فإن سمى لثلاث فلهن مسماهن إن دخل بهن أو خلا خلوة صحيحة وإلا فمهران أو ثلاثة أرباع مهر وللرابعة نصف متعة . وأما حكم الطلاق والفسخ إذا رفع اللبس بأيهما حيث دخل ببعض دون بعض فيعلم بالمقايسة على ما تقدم .

﴿ والحكم الثالث ﴾ فى الميراث فإن كان قد دخل بهن ومات والمطلقة رجعية فى العدة فالميراث بينهن أرباعاً وإن مات وقد خرجت المطلقة من العدة ـ ويكفى علمها بالطلاق جملة ـ فلا يقال هنا العدة من حين العلم فقد حصل بالطلاق جملة كما تقدم ، ولهذا أوجبوا اعتزال الجميع وأطلقوا الكلام فى أنه يجب على كل واحدة أن تعامل نفسها معاملة المعتدة احتياطاً ولم يقيدوه بقيد ، أو مات قبل الدخول أو كان الطلاق بائناً فالميراث لثلاث منهن وواحدة لا ميراث لها إلا أنها ملتبسة فيكون الميراث بينهن

أرباعاً . فإن دخل بهن إلا واحدة معينة ومات والمطلقة فى العدة كان للتى لم يدخل بها ثمن الميراث[١] فالباقى للثلاث على سواء، وإن دخل باثنتين فلهما ثلث الميراث وربعه[٢] ولغيرهما ربعه وسدسه، وإن دخل بواحدة فلها الثمن والسدس لأن لها الربع إن كانت هى المطلقة والثلث إن كانت غيرها فتعطى نصف هذا ونصف هذا والباقى للثلاث .

﴿ والحكم الرابع ﴾ فى العدة ونفقتها وسيأتى إن شاء الله فى بابه فصل ١٧٧ .

﴿١٦٩﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان الحلف بالطلاق ، والمراد بالحلف هنا أن يتضمن الكلام حثاً أو منعاً أو تصديقا أو براءة كما سيأتى فى المركبة من شرط وجزاء أول فصل ٣٢٨ . وليس المراد باليمين الحقيقية وهى الحلف بالله أو بصفاته كما سيأتى فى الأيمان فصل ٣٢٤ .

﴿ ولا يجوز ﴾ الإكراه على ﴿ التحليف به ﴾ يعنى بالطلاق وكذا العتاق وصدقة المال ﴿ مطلقا ﴾ سواء كان المحلف الإمام أم الحاكم أم غيرهما، وسواء كان ذلك فى بيعة الإمام أم غيرها ، وتبطل ولاية من فعل ذلك وهو لا يستجيزه ولو رأى فى ذلك صلاحا فإن كان يرى ذو الولاية جواز الحلف بالطلاق ونحوه جاز ولزم ولا يجوز للحالف المخالفة بعد الحكم به لأنه يقطع الخلاف . ﴿ و ﴾ أما ﴿ من حلف ﴾ بالطلاق ونحوه ﴿ مختاراً ﴾ فإنه يجوز ويصح طلاقه ﴿ أو ﴾ حلف ﴿ مكرها ونواه ﴾ يعنى نوى الطلاق فإنها تنبرم يمينه ويصح طلاقه ولو كان مكرها إذ النية تصير الإكراه كعدمه

---

(١) لأنك إن قدرت الطلاق عليها فلا شىء لها، وإن قدرته على غيرها فهى مميتة فلها الربع على حالين يأتى لها ثمن الميراث .

(٢) لأن لها الثلثين إذا كانت المطلقة من غيرهما، والثلث إذا كانت إحداهما على حالين يأتى لها ثلث ميراث وربعه وللأخريين نصف حيث المطلقة من غيرهما، وثلث حيث كانت منهما على حالين يأتى لها ربع وسدس اه .

وأما إذا لم ينو المكره الطلاق فلا تنعقد يمينه ولا يصح طلاقه، وحدّ الإكراه هنا ما يخشى معه الضرر كما فى جواز ترك الواجب .

﴿ مسئلة ﴾ من حلف بالطلاق لأفعل كذا مهما قدر على نفسه فمتى بقى داعى نفسه إلى ترك ذلك أكثر فيمينه باقية ومتى صار داعى نفسه إلى فعل ذلك أكثر انحلت يمينه. ذكره الفقيه يوسف .

﴿ نعم ﴾ فمن حلف كذلك ﴿ حنث المطلق ﴾ يعنى وقع طلاقه ونحوه. والمطلق هو الذى لم يقيد المحلوف عليه بوقت كأن يحلف ﴿ ليفعلن ﴾ كذا وإلا فامرأته طالق أو عبده حر أو ما له صدقة فيحنث فى يمينه هذه وتطلق زوجته ونحو ذلك عند علمه بالعجز من فعل المحلوف عليه أو تعذره إما ﴿ بموت أحدهما ﴾ أو عند نزاعه أو تلف ماله أو تخرب الدار التى حلف على دخولها أو يعزم على الترك ﴿ قبل الفعل ﴾ لذلك إن كان مقدوراً وقد تمكن من البر والحنث معا وسواء كان الفعل متعلقا بها كأنت طالق لا كلمتك وماتت هى أم غير متعلق بها كدخول الدار ونحوها وفائدة هذا أنهما يتوارثان بعد وقوع هذا الطلاق إذا كان رجعيا بموت أحدهما فإن ماتا معا فلا توارث بينهما ويكون الكفن من مال الزوجة لا على الزوج إذا كان الطلاق بائنا لارتفاع الزوجية بينهما بموتهما معا .

﴿ و ﴾ أما ﴿ المؤقّت ﴾ وهو الذى ضرب للفعل وقتاً لفظاً أو نيّة مع المصادقة نحو أن يقول زوجته طالق إن لم يفعل كذا يوم الجمعة أو نحو ذلك فإنه يحنث ﴿ بخروج آخره ﴾ أى بخروج آخر ذلك الوقت أو بقاء ما لا يتسع للفعل المحلوف عليه حالة كونه ﴿ متمكناً من البر والحنث ﴾ معًا غير ممنوع منهما ولا ملجأ إليهما ﴿ ولم يفعل ﴾ فأما لو خرج آخر الوقت والبر والحنث غير ممكنين كأن يأتى آخر الوقت وهو زائل العقل بالجنون أو الاغماء أو النوم فلا يحنث لعدم التمكن بخلاف الساهى والناسى فإنه متمكّن من الفعل والترك لبقاء العقل. وسيأتى فى الأيمان أن الحنث يحصل بالمخالفة ولو كان الحالف

ناسيًا أو مكرهاً ولا فرق بين يمين القسم والمركبة إلا أن المركبة لالغو فيها ولاغموس عند أهل المذهب وإنما يترتب فيها حكم الجزاء على حصول الشرط فهى من قبيل الأسباب التى لا يفترق الحال فيها بين العلم والجهل ولا بين العمد والسهو مع التمكن وبقاء العقل ، أما لو كان سكران فيحنث على الأصح والمسئلة على أربعة وجوه :

﴿ أحدها ﴾ أن يقول أنت طالق لأشربن هذا الماء غداً أو لأدخلن هذه الدار غداً فيأتى آخر الوقت وهو متمكن من البر والحنث بأن يكون الماء والدار باقيين وهو غير ممنوع منهما ولا ملجأ إليهما ولا تقدم منه حنث بالعزم على الترك فهذا يحنث بخروج الوقت لأنهما ممكنان . ﴿ الثانى ﴾ عكسه وهو أن يأتى آخر الوقت والبر والحنث غير ممكنين بأن تكون الدار قد خربت والماء قد أهريق ولو بفعله ناسياً لا عامداً فيحنث بالعزم على الترك بخلاف الناسى فلا عزم له ويكون ذلك فى بقية كانت تتسع للفعل ولم يكن أيضاً قد حنث بالعزم على الترك فهذا لا يحنث بخروج الوقت لأنه خرج والبر والحنث غير ممكنين، ولا يمكن أيضاً أن يحنث بالعزم على الترك إذ لا حكم لعزمه على الترك مع خراب الدار وإهراق الماء لتعذر الفعل . ﴿ الثالث ﴾ أن يأتى آخر الوقت وهو متمكن من الحنث وغير متمكن من البر بأن يكون ممنوعاً من شرب الماء ودخول الدار بحبس أو غيره وهما باقيان ولم يتقدم منه قبل الحبس حنث بالعزم على الترك فهذا لا يحنث بخروج الوقت لأنه خرج وهو غير متمكن من البر وهو لا يحنث إلا مع التمكن منهما لكنه يمكن حنثه وذلك بالعزم على الترك بعد المنع والحبس حيث بقى له فعل على الشرب ودخول الدار لإمكان ذلك بخلاف إهراق الماء أو خراب الدار فقد تعذر الفعل فلا حكم للعزم على الحنث . ﴿ الوجه الرابع ﴾ عكسه وهو أن يأتى آخر الوقت وهو متمكن من البر دون الحنث كأن يحلف لأخرج من الدار فحبس فيها فهو متمكن من البر وهو العزم على الوقوف فيها حتى يخرج الوقت وهوغير متمكن من الحنث وهوالخروج ، وهذا أيضاً لايحنث لعدم

التمكن من الحنث . وبهذا عرفت أنه لا يحنث إلا فى الصورة الأولى وهى منطوق الأزهار بخلاف الثلاث الصور وهى مفهومه .

﴿ وضابط ذلك ﴾ أن تقول العزم على الحنث حنث فيما الحنث فيه ترك المحلوف عليه، وليس العزم على الحنث حنثاً فيما الحنث فيه فعل الشىء المحلوف على تركه حتى يفعله ولا العزم على البر براً فيما البر فيه فعل أو ترك ، ولا يقع الحنث بالعزم على الترك إلا مع كون الفعل ممكناً فى نفسه عند العزم على الترك ولو كان متعذراً من جهة الحانث كأن يكون ممنوعاً منه لا حيث صار الفعل متعذراً فى نفسه فلا حكم للعزم على الحنث كأن يكون قد أهريق الماء أو خربت الدار أو نحو ذلك كما تقدم .

﴿ مسئلة ﴾[1] فإن قال أنت طالق إن خرجت إلا أن آذن لك اعتبر إذنه لها مرة فقط ثم تنحل يمينه من بعد وكذا لو قال إلا أن يمرض أبوك أو نحو ذلك فمتى مرض انحلت اليمين لأنه نظير قوله إلا أن آذن لك، ومتى حنث فى ذلك كله مرة انحلت اليمين إلا أن يقول كلما خرجت فإنه يتكرر الحنث .

﴿ مسئلة ﴾ فإذا قال أنت طالق إن خرجت بغير رضائى ثم رضى لها سراً ولم تعلم وخرجت لم تطلق ، وإن قال إن خرجت بغير إذنى أو إلا أن آذن لك ثم أذن لها سراً ولم تعلم وخرجت فلا يحنث لأن الإذن إباحة ولا يعتبر العلم بالإباحة ﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الطلاق ﴾ سواء ترتب على شرط وجزاء كالحلف به أم لا إنه ﴿يتقيد بالاستثناء﴾ ولو بالنية مع المصادقة نحو أن يقول أنت طالق إن كلمت زيداً إلا ضاحكة فإنها لا تطلق إذا كلمته ضاحكة لأنه قد استثنى هذه الحالة، وأقل الضحك التبسم. وسواء كان السبب

---

(١) من البيان هذه المسألة وما بعدها من فصل الحلف بالطلاق. قال فى هامش البيان : هذه المسألة وردت من ينبع، وأجاب فيها الفقيه حميد بن محمد المحلى. وقال فى اللمع وهى نظيرة إلا أن آذن لك اهـ .

منها أم من غيرها أم لغير سبب . ويصح تقديم المستثنى على المستثنى منه نحو أنت إلا واحدة طالق وما أشبه ذلك . وإنما يصح الاستثناء بشرطين: ﴿ الأول ﴾ أن يكون ﴿ متصلاً ﴾ بالجملة الأولى فلو سكت على الجملة زماناً ثم استثنى لم يصح استثناؤه من بعد إلا أن يكون سكوته لتنفس أو بلع ريق أو عطاس أو لبدور القيء فلا يمتنع استثناؤه سواء كان عازماً عليه أم لا . ﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون ﴿ غير مستغرق ﴾ للمستثنى منه فلو قال أنت طالق واحدة إلا واحدة لم يصح الاستثناء ويقع واحدة ، ويصح عندنا استثناء الأكثر من الزوجات ومن التطليقات فمن الأول أن يقول أنتن إلا فلانة وفلانة وفلانة طالق وهن أربع فتطلق واحدة ، ومن الثانى أن يقول أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين فإنها تقع واحدة عندنا وفائدته أنه لا يكون بدعيًا . ﴿ ولو ﴾ كان الاستثناء متعلقاً ﴿ بمشيئة الله تعالى أو ﴾ مشية ﴿ غيره ﴾ ولو كان الغير نفسه نحو أن يقول أنت طالق إلا أن يشاء الله حبسك أو إلا أن يشاء أبوك فإنها لا تطلق إن شاء الله إمساكها حيث علق بمشيئة الله أو شاء أبوها إن علق بمشيئته، فإذا قال أنت طالق إلا أن يشاء الله حبسك فيحتمل إلا أن يشاء الله طلاقك ويحتمل إلا أن يشاء الله حبسك فله نيته . فأما لو كان مراده إلا أن يشاء الله عدم طلاقك أو لم يكن له نية فيه فهذا هو الظاهر من لفظه واستثنائه فحيث يكون طلاقها واجباً أو مندوباً أو مباحًا[1] طلقت لأن الله لا يشاء إمساكها ، وإن كان محظوراً أو مكروهًا لم تطلق لأن الله تعالى لا يشاء[2] طلاقها ، ويعرف حصول مشية الله تعالى أو عدمها بحصول متعلقها أو عدمه خارجًا فى أحد الأحكام الخمسة بما ظهر من قرائن الأحوال ،

(١) واستشكل بعضهم مباح الطلاق بل نفاه فلا يستوعب الأحكام الخمسة عنده اه كما فى حواشى شرح الأثمار .

(٢) فإن قال أنت طالق إن شاء الله طلاقك. أو إن شاء الله حبسك وهى زانية حائض فالأقرب أنه لا يقع الطلاق لأن الطلاق فى الحيض محظور والزنا موجب لطلاقها وترك الواجب أهون من فعل المحظور ، أشار إلى معناه السحولى، وهو متجه على قواعد المذهب كما مر اه .

وأما مشية غير الله فتعرف بإقراره أنه قد شاء ولا حكم لمشيئة المجنون والصبي حيث لايميّز فإن ميّز صح، وكذا يقع من السكران إن شاء في المجلس في الإثبات لا في النفي فيقع في الحال في جميع الصور كما يأتي، فلو علق الطلاق بمشيئتها فقالت شئت وهي كاذبة فإنه يقع في الظاهر لا في الباطن . قال في الغيث ما معناه : فلو قال أنت طالق لولا الله أو لولا أبوك لم يقع لأن معنى لولا امتناع الشيء لوجود غيره فكأنه قال لست بطالق لوجود أبيك .

﴿ فيعتبر المجلس ﴾ قبل الإعراض في حصول المشيئة لا في انتفائها فيقع في الحال في حق مشيئة الله تعالى ومشيئة غيره ولو نفسه إلا أن مشيئة الله تعالى يعتبر حصولها في المجلس ولا كلام. وأما مشية الغير فيعتبر المجلس إن كان حاضراً وإن كان غائباً فله مجلس بلوغ الخبر فلو شرك بين مشيئة الله تعالى ومشيئة غيره أو بين مشيئة زيد وعمرو لم يقع الطلاق إلا باتفاق المشيئتين فإن لم تتفق فلا طلاق نحو إن شاء الله ثم شاء أبوك أو إن شاء زيد وعمرو .

﴿ و ﴾ أما الاستثناء بلفظ ﴿ غير ﴾ نحو ما معه غير عشرة أ ﴿ وسوى ﴾ عشرة « أو خلا » كذا أو عدا كذا فإنه ﴿ للنفي ﴾ أي لنفي ما زاد على العشرة ، وأما إثباتها فالعبرة بالعرف، ففي عرفنا أنه يقتضي إثباتها فتلزمه للمقر له ويكون كاذبا في أخباره إن لم تكن كذلك بل ناقصة أو زائدة ، ويقع الطلاق وهو المختار للمذهب . ﴿ و ﴾ أما ﴿ إلا ﴾ فإنها ﴿ له ﴾ يعني للنفي ﴿ مع الإثبات ﴾ لما دخلت عليه . فلو قال ما أملك إلا عشرة دراهم كان ذلك نفياً لما عدا العشرة وإثباتا للعشرة، فلو كان في ملكه أقل من العشرة أو أكثر كان كاذبا .

﴿ فرع ﴾ لو حلف لا أكل هذه الرمانة أو نحوها غيره فألقيت في البحر لم يحنث لعدم العلم أو الظن بأكل الغير لها . والأصل عدم الأكل وبراءة الذمة من

الحنث إلا أن يشاهد حيواناً فى البحر أكلها أو يغلب فى ظنه ذلك حنث ، وطلقت زوجته حيث علق الطلاق بذلك ، ولو حلف لا أكلها إلا هو فألقيت فى البحر حنث بمجرد الإلقاء إن لم يمكن استخراجها لأنه لم يأكلها سواء علم أو ظن أكل غيره لها أم لا إذ المحلوف عليه فى الصورة الأولى هو عدم أكل الغير لها فلا يحنث إلا إذا غلب فى ظنه خلاف ذلك وهو الأكل ، وفى الأخرى المحلوف عليه هو أكله لها فإذا ألقيت فى البحر تعذر أكلها فيحنث مطلقاً وتطلق زوجته حيث علق الطلاق بذلك .

﴿ قيل و ﴾ إذا كان الاستثناء بلفظ ﴿ إلا أن ﴾ فإنه يكون ﴿ للفور ﴾ فلو قال لامرأته أنت طالق إلا أن تدخلى الدار أو إلا أن تقومى أو إلا أن يقوم زيد فإن لم تنهض للدخول وتقوم فى الحال وهو المجلس أو مجلس بلوغ الخبر فإنها تطلق ولو قامت أو دخلت من بعد ، والقائل بذلك أبو العباس وأبو طالب والمختار للمذهب أن هذا اللفظ بمعنى الشرط فهو بمعنى إن لم تدخلى الدار وإن لم للتراخى كما تقدم فلا تطلق إلا فى الوقت الذى يقع فيه العجز عن القيام أو الدخول وهو آخر الوقت الذى يعقبه لنزاع الموت أو تعذر الفعل كخراب الدار ونحوها . « فإن قلت » ما الفرق بين هذا وبين قوله فيما مر « إلا أن يشاء أبوك؟ » « قلت » هى هناك تمليق وتمليك فاعتبر الفور فى المجلس بخلاف ما هنا فهى تعليق محض فاعتبر فيه التعذر أو العجز إلا إذا قصد الفور وصادقته الزوجة أو بيّن على إقرارها بذلك فله نيته واعتبر المجلس فى ذلك .

﴿١٧٠﴾ ﴿ فصــــل ﴾

﴿ و ﴾ الطلاق ﴿ يصح ﴾ للزوج الذى يصح منه إيقاع الطلاق كما تقدم ﴿توليته﴾ مَن شاء كزوجته أو غيرها . ولو كان المملَّك بفتح اللام أو الموكل صغيراً مميزاً أو عبداً أو كافراً أو جماعة . فالتولية على قسمين تمليك وتوكيل ، ولهذا أشار الإمام عليه السلام إليهما بأمّا القاسمة وقدم التمليك فقال ﴿ إما بتمليك ﴾ والامتثال كالقبول فلا

يحتاج معه إلى التصريح بالقبول ويصح تمليك سائر العقود كالبيع ونحوه ويكون بمعنى التوكيل .

واعلم أنه يصح من المملَّك « بفتح اللام » أن يوكل ويملك غيره بمثل ما ملك أو دونه لا أكثر قياساً على الحاكم فى أن له أن يولى غيره فيما وليه أو دونه لا أكثر بخلاف الوكيل فليس له أن يوكل غيره إلا أن يفوض ولا بد من الإضافة من الوكيل كما فى النكاح لأن الطلاق من توابعه بخلاف المملك فلا يحتاج إلى إضافة إلى المملك وليس للمملك أن يطلق دوراً لأنه لم يؤمر به .

﴿ و ﴾ التمليك ضربان: صريح فلا يحتاج إلى نية ، وكناية فيحتاج إلى النية : أما ﴿ صريحه ﴾ فهو ﴿ أن يملكه ﴾ الغير ﴿ مصرحًا بلفظه ﴾ يعنى بلفظ التمليك مقيداً بالطلاق كأن يقول لها ملكتك طلاقك أو يقول لغيرها ملكتك طلاقها ، أو جعلت طلاقك إليك أو طلاق زوجتى إليك، فلفظ جعلت مما يقتضى التمليك فى العرف، وكذا وهبت أو نذرت أو تصدقت عليك بطلاقك أو عليك بطلاقها أو نحو ذلك من ألفاظ التمليك عرفاً ، لا بلفظ البيع كبعت منك طلاقك أو بعت منك طلاقها فلا يصح إذ هو حق وبيع الحقوق لا يصح ولو أريد به التمليك .

﴿ فرع ﴾ فلو نوى بصريح التمليك التوكيل أو العكس صح مع المصادقة إذ صريح كل واحد منهما كناية فى الآخر .

ومن صرائح التمليك قوله ﴿ أو يأمر به ﴾ أى بالطلاق ﴿ مع ﴾ قوله للمأمور ﴿ إن شئت ﴾ نحو أن يقول طلق نفسك إن شئت أو طلقها إن شئت ﴿ ونحوه ﴾ يعنى نحو التعليق بالمشيئة كإن رضيت أو إذا رضيت أو إذا شئت أو متى أذنت ولو أتى بلفظ التوكيل مع قوله إن شئت ونحوه فإنه يكون تمليكاً لأن ما علق بمشيئة الوكيل فهو تمليك نحو وكلتك طلاقك إن شئت أو إن رضيت .وأما إذا شرك فى المشيئة نحو أن

يقول طلقى نفسك إن شئت وشاء أبوك أو طلقها إن شئت وشاء زيد فهو توكيل وليس بتمليك إذ لم يجمل التصرف فى إثبات الطلاق وعدمه إلى صاحب المشيئة .

﴿ فرع ﴾ فلو قال المشروط بمشيئته شئتُ « بضم التاء » إن شئتَ « بفتحها » فقال الزوج شئتُ « بضمها » لم يقع شئ . فهذه صرائح التمليك . وأما كنايته فأشار عليه السلام بقوله ﴿ وألا ﴾ يصرح بلفظ التمليك مقيداً بالطلاق ولا أمر به مع إن شئت ونحوه ﴿ فكناية ﴾ تمليك يعتبر فيها النية كما تقدم ﴿ ك ﴾ أن يقول لزوجته ﴿ أمرك ﴾ إليك ﴿ أو ﴾ يقول لغيرها ﴿ أمرها إليك ﴾ أو بيدك فإن نواه تمليكا صح أولا يصح من الزوج الرجوع فيه بالقول لا بالفعل فيصح وإن نواه توكيلا صح له الرجوع بالقول أو الفعل وإن لم ينو شيئًا لم يكن تمليكاً ولا توكيلاً كما لو لم ينو شيئًا بكناية الطلاق والقول للزوج فى ذلك ولا يصح التوكيل ممن قد طلق رجعيًا قبل أن يراجع كما لا يصح منه الطلاق ولهذا قيدنا التولية بأن تكون ممن يصح طلاقه ليخرج هذا ونحوه ممن لا يصح طلاقه كما تقدم، فلو جعل ذلك مشروطًا كأمرك إليك إن دخلت الدار كان ذلك كناية فى تمليكها الطلاق مشروطاً بدخولها الدار إذ يصح تقييده بالشرط وتوقيته بالوقت أيضا كما يأتى .

﴿ أو ﴾ يقول لها ﴿ اختارينى أو نفسك ﴾ فهو كناية فى تمليكها لطلاق نفسها أيضاً ولا بد أن تذكر نفس المرأة فى كلامهما معاً نحو أن يقول اختارينى أو نفسك فتقول اخترت نفسى أو فى كلام الزوج وحده نحو أن يقول اختارى نفسك فتقول المرأة اخترتُ أو فى كلام الزوجة نحو أن يقول اختارى فتقول الزوجة اخترت نفسى ويصادقها أنه قصد نفسها بالطلاق ، وإن لم تذكر نفس المرأة فى كلام أيهما نحو أن يقول اختارى فتقول المرأة اخترت لم يكن شيئاً إلا أن يريدا ذلك ويتصادقا عليه ، وكذا لو قال اختارينى أو نفسك فقالت اخترت أو اخترت الأزواج أو قال اختارينى فقالت اخترت نفسى فلا يقع شىء لأنه فى الصورة الأولى خيّرها بين أحدها إما نفسها

أو نفسه فلم تختر أيهما ، وفى الثانية أمرها أن تختاره ولم يأمرها باختيار نفسها. وهذا ليس بتمليك للطلاق لا صريح ولا كناية . وأما لو قال اختارى أبويك فاختارتهما كان طلاقا لا اختارى أخاك أو أختك فلا يقع طلاق ، ووجه الفرق أن للأبوين من مزيد الاختصاص والمزية ماليس لغيرهما فكان اختيارها لهما كاختيارها لنفسها،وكذا لو قالت اخترت أهلى أو بيتنا أو أبى أو أمى فإنه يقع طلقة .

﴿ نعم ﴾ فإن لم يقع من الملك طلاق ولا اختيار فلا شيء. وأما إذا وقع منه طلاق أو اختيار فإنه يصح ﴿ فيقع ﴾ طلقة ﴿ واحدة ﴾ بصفة ماهى عليه رجعية أو بائنة إن كانت ثالثة أو قبل الدخول لاغير إذ ليس له أن يطلق على عوض مع الاطلاق كما يأتى ولو فى اختيارها لنفسها . ووقوع تلك الطلقة يكون اما ﴿ بالطلاق ﴾ من الملك فتقول حيث هى الملكة طلقت نفسى أو يقول غيرها حيث هو الملك طلقتها وهذا راجع إلى المثالين الأولين من الكناية ﴿ أو الاختيار ﴾ منها وقد قال اختارينى أو نفسك أو أهلك أو أباك أو أمك فقالت اخترت أو نحو ذلك فانها أيضاً تقع طلقة بصفة ماهى عليه. وهذا يرجع إلى المثال الثالث منها ، وقولها اخترت صريح فلا يحتاج إلى نية من الزوجة بل العبرة بنية الزوج . « قال فى الغيث » فإن قال طلق نفسك إن شئت فقالت اخترت نفسى فالأقرب أنه كناية طلاق فيحتاج إلى نية، فإذا طلق الزوج بعد تمليك الطلاق صح إذ هو الأصل وبطل التمليك فيكون رجوعا عنه بالفعل ولهذا صح الرجوع بالفعل فى التمليك قبل الطلاق سواء كانت أولى أو ثانية أو ثالثة فإن الملك ينعزل بتولى الزوج الطلاق .

﴿ فرعان ﴾ : « الأول » لو قال الزوج لها جعلت أمر التمليك إليك فقالت طلقت نفسى وقعت طلقة لأن الطلاق متضمن للقبول كما تقدم فلا يتوهم عدم القبول به . «الثانى» لو قال لغيرها طلقها غداً إن شئت فهذا تمليك مؤقت يصح من الملك أن يطلقها فى الغد جميعه ولو لم يقبل فى المجلس كما يأتى .

﴿ واعلم ﴾ أنه لا يقع واحدة بالطلاق أو الاختيار إلا بشرطين : ﴿ أحدهما ﴾ أن يقعا ﴿ فى المجلس ﴾ الذى وقع فيه التمليك إن كان المملك حاضراً فيه أو مجلس بلوغ الخبر إن كان غائباً إن كان التمليك مطلقاً أى غير مؤقت فلو طلقت أو اختارت نفسها أو طلقها ذلك الشخص الذى ملك طلاقها فى غير مجلس التمليك أو بلوغ الخبر لم يقع شىء إلا بتجديد لفظ التمليك .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يقع الاختيار أو الطلاق فى ذلك المجلس ﴿ قبل الاعراض ﴾ إذا كان التمليك مطلقاً أيضاً فمهما لم يحصل إعراض من المملك زوجة كانت أو غيرها بعد التمليك فى المجلس فله الطلاق والاختيار ولو طال المجلس والظاهر فى السكوت عدم الاعراض ولو طال ما لم يعد أعراضاً ويبين مدعى الاعراض . والظاهر فى الأفعال والأقوال أنها اعراض إلا ما يكون اهتماما فى العادة بالمطلوب نحو أن تكون مضطجعة أوقائمة فتقعد ، أو تقول ادعوا أبى أو أمى أو الشهود ولم يكونوا حاضرين فى المجلس وكان ذلك القول أو الفعل يسيراً لا يعد إعراضاً فى العادة ، أو تكون فى صلاة فريضة فتتمها وإن كان الوقت موسعاً أوتبتدئها لضيق الوقت لم يكن إعراضاً ، وإن كانت فى صلاة نفل أتمتها ركعتين إذ هى أقل النفل ولا يكون اعراضاً إلا ثلاثاً أو أربعاً وابتدأتها فيكون اعراضاً . والقعود والاتكاء لا يمنع بل القيام والاضطجاع والأكل وابتداء الشرب فيكون إعراضاً لا إتمامه . فلو قام الزوج وبقى المملك فى مجلسه فهو على اختياره ولا يكون قيام الزوج إعراضاً مانعا للملك من الطلاق أو الاختيار . وإن كان القيام الموجب فى سائر التمليكات يمنع القبول من الآخر . ووجه الفرق بين هذا وسائر التمليكات أنه هنا لا يصح الرجوع منه بالقول فلم يضر قيامه بخلافها فتبطل بقيام المبتدى قبل القبول ونحوه من المجيب لأنه يصح الرجوع فيها وقيامه كرجوعه ، وهذا فى التمليك المطلق لا فى التمليك المؤقت أو المقيد بالشرط . فان كان موقتا أو مقيداً نحو ملكتك طلاقها شهراً أو يوماً أو إذا

جاء زيد فقد ملكتك طلاقها فله أن يطلق متى شاء فى جميع ذلك الوقت أو عند قدوم زيد مرة واحدة ولو فى مجلس آخر كما يأتى قريبا .

ويعتبر المجلس فى التمليك ﴿إلا المشروط بغير إن ففيه وبعده﴾ نحو طلق نفسك متى شئت أو كلما شئت أو إذا شئت أو إذا ما شئت فلها أن تطلق فى المجلس وبعده ولو لم تقبل فى المجلس . قال الإمام عليه السلام : وقولنا « المشروط » احتراز من غير المشروط نحو قوله أمرك إليك أو ملكتك طلاقك فإن هذا يعتبر فيه المجلس . قال وقولنا « بغير إن » احتراز من المشروط بإن نحو طلق نفسك إن شئت فإنه يعتبر فيه المجلس للحاضر وللغائب مجلس بلوغ الخبر كما تقدم فلو قبلت فى المجلس لم يصح أن تطلق فى غيره ولاعبرة بالقبول هنا .

﴿ و ﴾ إذا ملك الزوج غيره طلاق زوجته أى التمليكين الذى يعتبر فيه المجلس والذى لا يعتبر فيه فإنه ﴿ لا رجوع ﴾ له بالقول ولو قبل القبول بالامتثال ﴿ فيهما ﴾ ولو كان التمليك بلفظ الهبة كما لايصح رجوعه عن الطلاق وإن صح الرجوع فى تمليك المال لأن الطلاق إسقاط والاسقاط لايصح الرجوع فيه بخلاف تمليك المال فإنه إثبات وليس باسقاط فالرجوع فيه صحيح . أما لو تفاسخا بعد التمليك أو رجع بالفعل فطلق الزوج بنفسه صح طلاقه وانعزل سواء كانت أولى أم ثانية أم ثالثة كما تقدم ، فلو ملكه ولم تبق إلا طلقة فأيهما بدأ بفعلها بانت بها . . . وحسن المخرج فى إبطال التمليك « يكون بالدور القبلى فيقول أنت طالق قبيل أن يقع عليك طلاق من المملك » ، وكذا التفاسخ إن حصل بطل به التمليك أيضا كما يبطل بتولى الأصل سواء كان قبل الدخول أم بعده فإبطال التمليك يكون بإحدى الثلاث الصور .

﴿ ولا ﴾ يصح ﴿ تكرار ﴾ الطلاق من المملك لأنه لايملك بالتمليك إلا واحدة فإذا قال طلق نفسك إن شئت أو متى شئت لم يكن لها أن تطلق نفسها بأكثر من واحدة ولو تناولت صيغة التمليك عموم الأوقات كالمشروط بغير إن نحو متى شئت

ومهما شئت فإذا راجعها لم يكن لها تكرار الطلاق سواء كانت هي المملكة أم غيرها وكذا سائر التمليكات المشروطة بالبيع والهبة والنذر والصدقة والعتق وغيرها ﴿ إلا ﴾ المشروط ﴿ بكلما ﴾ نحو أن يقول طلقي نفسك كلما شئت أو طلقها كلما شئت فإن التمليك هاهنا يقتضي مع المراجعة التكرار كما مر .

﴿ القسم الثاني ﴾ من قسمي تولية الطلاق قوله ﴿ وإما بتوكيل ﴾ وصورته أن يقول وكلتك على طلاق نفسك ، وللغير وكلتك على طلاقها أو طلاق فلانة .

﴿ فرع ﴾ وللتوكيل صريح ، وكناية ، فصريحه طلقي نفسك ، وطلقها بلفظ الأمر ، أو وكلتك على كذا أو بكذا أو نحوهما مما هو صريح في التوكيل مع تعليقه بالطلاق فلا يفتقر صريحه إلى نية ، وكنايته ككناية التمليك فتعتبر النية .

﴿ ومنـــه ﴾ أي من صريح التوكيل ﴿ أن يأمر به ﴾ أي بالطلاق ﴿ لا مع إن شئت ﴾ كأن يقول طلقي نفسك أو طلقها ولم يقل إن شئت ﴿ و ﴾ لا ﴿ نحوه ﴾ إذا شئت أو متى شئت أو كلما شئت لأن ما تعلق بمشيئـة الوكيل كما مثلنا فهو تمليك لا توكيل ولو كان بلفظ التوكيل كوكلتك على طلاقها إن شئت ويعتبر فيه المجلس كما مر . هذا إذا أسند المشيئة إلى الوكيل وأما إذا أسندها إليه وإلى غيره كان شئت وشاء فلان فهو توكيل ولو بلفظ التمليك كما مر .

﴿ فرع ﴾ ومن حلف لا طلق زوجته ثم وكل به حنث لأن الوكيل نائب عنه بخلاف التمليك فإن وكلها فقالت أبنتك صح لا لو قال طلقتك إذ يوصف بالأول دون الثاني ، ومهما كانت توليتــه للغير بتوكيل لا تمليك ﴿ فلا يعتـبر ﴾ أن يطلق الوكيل في ﴿ المجلس ﴾ بل له أن يطلق في المجلس وغيره إلا أن يوقت فله ذلك حتى ينتهي الوقت كما يأتي .

﴿ ويصح ﴾ من الموكل ﴿ الرجوع ﴾ عن الوكالة بأن يعزله إما بقول أو فعل نحو أن يقول قد عزلتك أو يتولى الطلاق بنفســه ﴿ قبل الفعـل ﴾ للطلاق من الوكيل

﴿ مالم يحبس ﴾ الموكل التوكيل فإن حبسه لم يصح الرجوع وصورة التحبيس أن يقول وكلتك على طلاق زوجتى وكلما عزلتك فأنت وكيل أيضا فى ذلك ﴿ إلا ﴾ أن ينقض التحبيس ﴿بمثله﴾ فإنه ينتقض. وصورة ذلك أن يقول كلما صرت وكيلا صرت معزولا[1] وهذا أحسن مخرج فى عزل التوكيل بعد تحبيس الوكالة أو يعزل الوكيل نفســـــه فى وجه الأصل أو علمه بكتاب أو رسول إلا أن يقول كلما انعزلت صرت وكيلا لم ينعزل بعزل نفسه فإن طلق الزوج كان طلاقه عزلا للوكيل ولو كان التوكيل محبا لأن العموم إنما يتناول العزل بالقول لا الفعل الموكل فيه وكذا المملك كما مر .

﴿ ومطلقهما ﴾ أى التوكيل والتمليك لا يكون إلا ﴿ لواحدة ﴾فقط بشرط أن تـكون﴿على غير عوض﴾ إلا أن يفوض . وصورة المطلق أن يقول طلقها أووكلتك أن تطلقها أو طلق نفسك أووكلتك على طلاقك فلا يصح من الوكيل فى صورة التحبيس . والمطلق أن يوقع إلا واحدة ولو قبل الدخول أو كانت ثالثة لا أكثر. ولو كان الموكل ممن يقول بالثلاث فلو طلقها اثنتين أو ثلاثا لم تقع إلا واحدة ولو كان الزوج يملك غـيرها ولا يصح أن يطلق بعوض فإن فعل كان موقوفا على الإجازة إن كان عقداً لا شرطا ولا يصح التوكيل بالبدعى فإن أطلق فطلق بدعيا وقع حيث مذهب الزوج وقوعه، فإن وكله بالثلاث للسنة صح وكانت الرجعة فى ذلك للأصل فلا تقع الثانية والثالثة إلا بعدها . فلو كان الوكيل أو المملك مفوضا فله أن يطلق أكثر من واحدة وعلى عوض .

﴿ ويصح تقييدهما ﴾ أى التوكيل والتمليك بالشرط نحو أن يقول إذا جاء زيد فقد وكلتك أو ملـكتك تطلق امرأتى ﴿ وتوقيتهما ﴾ بما يصح أيضا نحو أن يقول

---

(١) ولا يصح فعله بعد هذا ولو وكله وكالة جديدة اه .

وكلتك أو ملكتك أن تطلقها فى هذا الشهر أو نحو ذلك فإن أوقع الطلاق فى المدة المؤقتة وإلا بطل التمليك والتوكيل بمضيها .

﴿ و ﴾ إذا اختلف الأصل والوكيل فى إيقاع الطلاق من الوكيل وعدمه فى مدة التوكيل كان ﴿ القول بعد[1] ﴾ ذلك ﴿ الوقت ﴾ أو بعد العزل حيث وقع الاختلاف بعده ﴿ للاصل[2] ﴾ وهو الموكِّل والمملِّك ﴿ فى نفى الفعل ﴾ أى إيقاع الطلاق هنا لأن الوكيل بعد مضى الوقت قد انعزل والظاهر أنه لم يكن قد طلق فى ذلك الوقت المؤقت لأن الأصل عدم الطلاق ﴿ لا ﴾ إن اختلفا فى ﴿ حاله ﴾ أى حال الوقت ﴿ فللوكيل ﴾ أى فالقول قول الوكيل من غير يمين فى أنه قد طلق لأنه فى ذلك الوقت غير منعزل فيصح منه الإنشاء فى تلك الحال ، ومن صح منه الإنشاء صح منه الإقرار . قال فى البرهان «ولا تصح بينة الزوج بأن الوكيل لم يطلق لأنها على نفى، ولا على إقراره بأنه لم يطلق لأنه إقرار على الغير وهى الزوجة إلا أن تكون البينة على إقرار الزوجة .. قال فى حاشية السحولى : « فلو ادعى المملك أو الوكيل أنه قد طلق وقد ماتت الزوجة أو الزوج لم يقبل إلا ببينة » فلو كان الزوجان باقيين فلا معنى لإنكاره فى حق المملك لأنه لا يصح الرجوع فى الوقت فى التمليك الموقت بغير الفعل ، والحيلة فى عدم قبول قول الوكيل أن يعزله الموكل ثم يخاصمه فى عدم الطلاق لأنه بعد العزل لا يصح منه الإنشاء فلا يصح إقراره .

﴿ سؤال ﴾ وهو أن يقال إن الوكيل ينعزل بالفراغ مما وكل فيه فإذا ادعى أنه قد كان فعل فى الوقت قبل حالة التخاصم فقد أقر على نفسه أنه معزول وإذا صار معزولا فى الحال لم يصح منه الإنشاء كما قلتم بعد العزل فلم قلتم يقبل قوله حاله ؟؟

---

(١) فاذا اتفق العزل والطلاق فالطلاق أولى فيقع . وكذا لو التبس العزل والطلاق فلاعتبار بالأصل الثانى وهو بقاء الوكالة فيقع الطلاق اه

(٢) هذا عام فى الطلاق وغيره اه

﴿ الجواب ﴾ أنا إنما قلنا بصحة قوله ووقوع الطلاق منه لأنه فى تلك الحال لو جعل بدله الإقرار بالفعل طلاقا لصح منه إنشاؤه ولم يحكم بالعزل إلا بعد الحكم بوقوع الطلاق فلم يكن معزولا عند التلفظ بالإقرار بإيقاع الطلاق وإذا لم يكن معزولا فهو باق على الوكالة فلهذا صح تصديقه .

﴿ مسئلة ﴾ ومن قال لغيره أخبر امرأتى بطلاقها ـ أو بشرها ـ كان إقراراً بالطلاق فى الظاهر فقط وسواء أخبرها الرسول أم لا ، لا فى الباطن فله نيته إلا أن تصادقه أقرّا على النكاح فى الظاهر حيث لم يرد بذلك الإنشاء ولم يسبق منه طلاق، ولو قال قل لها هى طالق طلقت ولو لم يقل لها الرسول ، فلو أراد وقوع الطلاق حين يقول لها الرسول فإنها تصح نيته فى الباطن وإن قال أردت توكيله بطلاقها فكذا أيضاً . وإن قال له قل لها أنت طالق فهو توكيل له بطلاقها .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا وصل الزوجة كتاب على لسن الزوج بالطلاق أو رسوله لم يلزمها قبوله إلا بشهادة عدلين، هذا فى الظاهر وأما فى الباطن فتعمل به إذا ظنت صدقه فيما هو لها لترك النفقة من ماله ونحوها وفيما هو عليها نحو التزويج بغيره إذا أقرت بصدقه كامرأة المفقود إذا أخبرها عدل بموته أو طلاقه .

﴿١٧١﴾ باب الخلع[1]

﴿ إنما يصح ﴾ بشروط أربعة ﴿ الأول ﴾ أن يقع ﴿ من زوج مختار أو نائبه ﴾ به ولو هى ، و قوله زوج فلا يصح من الأجنبى ولا من زوج قد طلقها من قبل ولو

---

(١) الخلع بالفتح والضم هو فى الأصل مصدر خلع الرجل ابنه تبرأ منه فلا يؤاخذ بجريرته ، وامرأته طلقها على فدية . وفيه معنى الإزالة والإلقاء والتنحية فى جميع موارد استعماله حقيقة أو مجازاً كخلع ثوبه ونعله ، وخلع عذاره كناية عن قلة الحياء وخلع الأمير نحاه وأزاله عن رتبته وخلع عليه خلعة ـ بالكسر والضم ـ إذا أعطاه قطعة من ماله . وأما صاحب المصباح فجعل الخلع بالضم اسم =

رجعيا إلا بعد المراجعة . وقوله مكلف يحترز من الصبي والمجنون ولو مميزين ولو إذن لهما وليهما فلا يصح خلعهما لأنفسهما كما لا يصح طلاقهما إلا بالنيابة كما تقدم فى تولية الطلاق ويصح من السكران سواء كان زوجا أم زوجة ، وسواء كان الخلع عقداً أم شرطا . وقوله مختار فلا يصح مخالعة المكره كما لا يصح طلاقه ما لم ينوه أو يكون مكرها بحق كما تقدم فى صور اللبس. فمهما كان الزوج جامعا لهذه القيود الثلاثة صحت مخالعته سواء كان حراً أم عبداً صحيحا أم مريضا مطلق التصرف أم محجوراً عليه ، وهكذا يصح من نائبه وهو وكيله به أو كان مفوضا فى تولية الطلاق أو فضوليا ولحقته الإجازة من الزوج أو الزوجة أو منهما إذا كان عقداً لا شرطا ولو كان النائب امرأة سواء كانت المخالعة أو غيرها فيصح توكيلها به إذ هو عقد معاوضة ويصح أن يتولى طرفيه واحد ويصح بالرسالة والكتابة ولو تضمن شرطا كأنت طالق على ألف ان دخلت الدار .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون الخلع على أحد وجهين : « الأول » أن يأتى فى لفظه ﴿بعقد﴾ والمراد به هنا ما يقابل الشرط لأن الخلع ينقسم إلى عقد وشرط وليس المراد العقد المتضمن للايجاب والقبول وإلا لما صح قوله مع القبول كما يأتى ولأن العقد كما يطلق على الإيجاب والقبول مما يطلق على الإيجاب فقط كما يأتى فى مواضع من الكتاب ، وعبارة الأثمار «إما بعقد إيجاب وقبول أو ما فى حكمه» وهى أجلى لتفسيره المراد بالعقد بإضافته إلى الإيجاب وعدم الفصل بينه وبين القبول فيكون المراد به هنا هو الإيجاب فقط وهو ما أتى فيه بأحد حروف « علب » إما بالباء أو بعلى أو باللام

= مصدر وهو مخالف لما فى غيره. قال وهو استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فاذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه انتهى . ثم غلب استعمال المضموم على نوع خاص من أنواع الطلاق البائن حتى صار حقيقة عرفية خاصة . قال فى الأثمار : هو طلاق أى بائن على عوض مال أو فى حكمه . وفى البيان هو طلاق بائن يمنع الرجعة والطلاق بعده كما يأتى ا هـ

نحو : أنت طالق بألف أو على ألف أو لألف ، وهكذا إذا قال خالعتك على ألف أو بارأتك عليه مع النية لأنه كناية فى الخلع والطلاق . قال المنصور بالله: ومن هذا لو قال طلاقك بصداقتك مطلقا أو ببراءتك إن كان فى ذمته فقالت أبرأت أو قبلت . وكذا لوقال بشرط البرء فهو عقد فى وضع الشرع إلا أن يكون عرفهم استعماله للشرط كان شرطا فلا يقع الطلاق إلا بحصول الشرط فى المجلس أو مجلس العلم به كالعقد إلا أن يريد متى حصل الشرط قريبا أو بعيداً كان شرطا محضا فلا يعتبر المجلس . قال فى البيان : ويصح بلفظ البيع ويكون كناية وصورته أن يقول بعت منك نفسك بألف أو شريت منى نفسك بألف وكذا لو قال الغير بعت منى زوجتك بكذا فقال بعت أو نعم ونوى طلاقها صح ويكون خلعا ، وحيث أراد البيع أو لم يرد شيئا لم يقع شىء لأن لفظ البيع كناية خلع مع نية الطلاق . ومنه إذا باع رجل زوجته من آخر بزوجته وزيادة بقرة مثلا وقبل الآخر طلقت زوجة الذى شرط البقرة خلعا واستحق البقرة وتطلق زوجة الآخر رجعيا مع قصد الطلاق لأنه من كنايات الطلاق .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يكون الخلع معقوداً ﴿ على عوض مال ﴾ مظهر لامضمر وأقله ما له قيمة فى القيمى وما لا يتسامح بمثله فى المثلى مما يصح تملكه للزوج فلا يصح أن يكون خمراً أوخنزيراً فى حق المسلم ﴿ أو فى حكمه ﴾ يعنى فى حكم المال وهى المنفعة كسكنى وخدمة ونحو ذلك من سائر المنافع التى يلزم على مثلها أجرة ويلزم أدناها إن لم يعين قدرها فى العقد نحو طلقتك على سكنى دارك سنة أو على حمل كذا إلى محل كذا أو على أن تخيطى لى قميصا فإن كان القميص معينا لزمها فيه أدنى خياطة وإن لم يكن معينا فكذلك فى أدنى قميص . فإن لم يكن على مال ولا منفعة لمثلها أجرة نحو على ألا تدخلى[1] الدار أو على ألا تكلمى فلانا أو على ألا تتزوجى فلانا ونحو ذلك سواء كان له فى ذلك غرض أم لا فإنه لا يكون خلعا بل رجعيا

(١) حيث لم يكن لمثله أجرة وإلا كان خلعا اﻫ

بالقبول فى العقد أو بالفعل فى الشرط : إلا أنه إذا قال بشرط ألا تتزوجى فـلانا وقبلته تعين للعقد لا للشرط وكان لها الخيار من بعـد ذلك . قال فى البيان وهامشه فلو جعلناه شرطا حقيقيا لزم الدور فلا يقع طلاق حتى تزوج ولا تزوج حتى تطلق .

﴿الشرط الرابع﴾ أن يكون العوض ﴿صائراً أو بعضه إلى الزوج﴾ فلو كان كله لغير الزوج نحو أن يقول طلقتك على ألف لزيد أو نحوذلك لم يكن خلعاً بل إذا قبلت طلقت رجعية فى العقد لا فى الشرط فلا يقع شىء وترجع به مع البقاء والتلف إن سلمته ظانة أنه قد لزمها وإن سلمته عالمة بعـدم اللزوم لم ترجع به إلا مع البقاء فأما لو كان بعضه له وبعضه لغيره نحو أن يقول على أن تهبينى نصف كذا ونصفه لابنى وكان ذلك معينا غير دين إذ لا تصح هِبَة الدين إلا لمن هو عليه فإذا فعلت فإنه يكون خلعا بالنصف الذى صار إليه دون النصف الذى صار لابنه، ولا يصح رجوعها فيما وهبته للابن ولو لم يكن رحماً لها لأنه فى مقابلة عوض وهو الطلاق وقد حصل ، ولا بد من أن يقبل الهبة له ولابنه إن كان صغيراً أو كبيراً ووكله بالقبول أو أجاز فإن لم يجز أو لم يقبل لم يقع الخلع .

وقوله ﴿غالبا﴾ احتراز من أن يخالع العبد زوجته فإنه يصح مع كون العوض يصير إلى سـيده إلا أن يشرط العوض لسيده فلا يقع الطلاق خلعا ولا رجعيا لعدم وقوع شرطه وهو كونه للزوج أو بعضه ، وإذا كان العوض من السيد حيث يزوج أمته بعبده لزم ويسقط .

﴿واعلم﴾ أن عوض الخلع قد يكون من زوجته وقد يكون من غيرها فحيث يكون ﴿من زوجته﴾ صح بشرطين « أحدها » أن تـكون الزوجة ﴿صحيحة التصرف﴾ وذلك بأن تـكون بالغة عاقلة مختارة حال عقد الخلع ولو سكرى كما تقدم فلو كانت صغيرة أو مجنونة ولو مميزة حيث العوض منها لم يكن خلعاً ولا رجعيا ، ومتى كانت صحيحة التصرف صح الخلع بالعوض من مالها ﴿ولو﴾ كانت ﴿محجورة﴾ عن

التصرف فيه بمعنى أنه حجر عليها الحاكم لأجل دين عليها فإن الحجر لا يمنع من صحة عقدها للخلع لكن عوض الخلع يبقى فى ذمتها ولا تخرجه من المال الذى حجرت فيه إلا بعد رفع الحجر أو بإذن الحاكم ولو غير الذى حجر عليها أو الغرماء ، وهكذا لو كانت أمة ولو مدبّرة فخولعت على عوض منها بغير إذن سيدها كان العوض فى ذمتها تطالَب به متى عتقت إلا أن تدلس بأن سيدها أذن لها كان دين جناية فى رقبتها، فإن أذن لها سيدها كان عليه ولا يعتبر نشوزها ، فإن أذن لها بقدر معلوم كان الزائد فى ذمتها، وإن أطلق كان عليه قدر مهرها والزائد فى ذمتها . والمكاتبة كالأمة فى صحة الخلع منها لأن إذن سيدها أباح لها التصرف، وإن لم يأذن لها ففى ذمتها ويعتبر نشوزها، ومع التدليس منها كجناية المكاتبة فى كسبها ولا يعتبر النشوز .

﴿ مسئلة ﴾ ولا يصح الخلع من ولى مال الصغيرة إلا إذا كان لها فيه مصلحة ولا يصح مع المصلحة إلا إذا كان العوض من غيرها لعدم اعتبار نشوزها قبل التكليف فإذا خالع عن الصغيرة أبوها بمهرها لزمه لها ذلك سواء صح أم لا ويكون الطلاق خلعاً لأنه يصح العوض فيه من الغير وللمرأة أن تطالب الزوج بمهرها أو هو يرجع به على أبيها .

« الشرط الثانى » أن تكون وقت الخلع ﴿ ناشزة عن شىء مما يلزمها له من فعل أو ترك ﴾ سواء كانت فى بيته أم لا، ولا نشوز مع سوء العشرة منه أو إضرار، فالفعل نحو أن يأمرها أن تقف له فى موضع يليق بهما ولو بغير صيغة الأمر فتمتنع لغير عذر وهكذا لو دعاها للوطء إلى موضع يليق فلم تجبه، والترك نحو أن يلزمها بترك ما يكرهه أو بترك أذية من يتأذى بأذيته من أهله ولو بدون صيغة النهى إذ هو واجب عليها تركه ، أو لم يأذن لها بالخروج إلى بيت أهلها فتخرج أو تأخذ شيئاً من ماله . ومن ذلك أن تقول لا أطأ لك فراشاً ولا أطيع لك أمراً ولا أبر لك قسماً فيما

يجب عليها طاعته .. ويعتبر النشوز فى العقد عنـد القبول ولو موقوفاً لأن الإجازة كاشفة ولو فى الشرط حال حصول المشروط لا عند التعليق وإلا بطل الخلع ولم يقع الطلاق . ولا بد من تحقق النشوز فلا يكفى تجويز وقوعه فى المستقبل . وما اختاره الإمام عليه السلام من أن الخلع بعوض من الزوجة صحيحة التصرف إنما يصح بالنشوز منها هو قول الإمام الهادى والقاسم والناصر وهو المختار للمذهب ﴿ أو من غيرها ﴾ إذا كان مكلفاً مختاراً حراً ولو محجوراً عن التصرف أو عبداً ويبقى فى ذمته ﴿ كيف كانت ﴾ المرأة أى ولو كانت صغيرة أو مجنونة ناشزة أو غير ناشزة فإنه متى كان العوض من غيرها لم يعتبر فى صحة الخلع ذانك الشرطان المتقدمان وهما كونها صحيحة التصرف وكونها ناشزة .

نعم ؛ ولا بد فى عقد الخلع بعوض منها أو من غيرها من إيجاب ﴿ مع قبول أو ما فى حكمه فى مجلس العقد أو ﴾ فى مجلس بلوغ ﴿ الخبر به ﴾ وهـذا متصل بقوله بعقد كما تقدم ، واعتبار مجلس بلوغ الخبر خاص فى الخلع والعتق والحوالة والإقالة والوقف كما فى البحر . فلو لم يقع القبول فى مجلس الإيجاب أو مجلس بلوغ الخبر به لم يصح الخلع . والمراد بالمجلس مجلس القابل لا مجلس الموجب حيث كان الموجب الزوج لا الزوجة فيعتبر مجلسهما معاً . والذى فى حكم القبول هو الامتثال والسؤال فالامتثال نحو أن يقول الزوج أنت طالق على أن تبرئينى من مهرك فتقول أبرأتُ ، فقولها أبرأت بمنزلة قولها قبلتُ فتطلق بقولها أبرأت ، أو أبرئينى على طلاقك فتقول أبرأت . وأما السؤال فنحو قولها طلقنى على ألف فإذا قال طلقتك طلقت ولا تحتاج إلى قبول بعـد قولها طلقنى وكذا لو قال ابرئينى بطلاقك فقالت أبرأت أو قال أطلقك بمهرك فقالت الزوجة نعم فيقول طلقتك فلا تحتاج قبولاً بعـد ذلك ، وهذا إذا كان المهر ديناً فى الذمة فإن كان عيناً لا تثبت فيها لم يصح الخلع لأن الابراء من الأعيان إسقاط لضمانها إن كانت مضمونة أو إباحة لها إن كانت أمانة كما يأتى فى بابه فيقع بالقبول طلاقاً

رجعياً في العقد لا في الشرط إلا لعرف بأن الإبراء من الأعيان يفيد التمليك ويستعمل بمعنى الرد للمهر والفسخ صح إن قبله الزوج في المجلس أو مجلس بلوغ الخبر به ، وإذا قبله الغير ثم أجاز صح ذلك لأنه تمليك يحتاج إلى القبول . ولا بد أن يقع القبول في المجلس ﴿ قبل الإعراض ﴾[1] من القابل منهما ﴿ فيهما ﴾ يعني في مجلس العقد أو مجلس بلوغ الخبر به، فإن تخلل الإعراض لم يصح القبول من بعد ولم يقع الطلاق رجعيا ولا بائنا إلا بتجديد إيجاب آخر يحصل بعده القبول في المجلس أو مجلس بلوغ الخبر به قبل الإعراض وقد تقدم ما يثبت به الإعراض .

﴿ فرع ﴾ فلو جعل مع العقد شرطاً نحو أن يقول أنت طالق على ألف إن دخلت الدار اعتبر حصول القبول في المجلس قبل الإعراض منها ولا يضر تأخر حصول الشرط لو لم تتهيأ له في ذلك المجلس ، وكذا لو وقت كأن يقول أنت طالق غداً على ألف فقبلت في المجلس طلقت في الغد خلعاً .

ولما كان الخلع ينقسم إلى عقد وشرط كما مر تكلم الإمام عليه السلام على كل واحد منهما على حدته وعقبه بذكر أمثلته وقد مرّ الكلام على العقد وما يتعلق به فذكر أمثلته بقوله ﴿ كأنت كذا على كذا ﴾ أي أنت طالق على ألف ﴿ فقبلت أو ﴾ قبل ﴿ الغير ﴾ فإنها تطلق حينئذ خلعاً ويلزمها الألف حيث قبلت ويلزم ذلك الغير حيث هو القابل وإن لم يكن مخاطباً على ظاهر الأزهار، فإن قبلا معاً فعليهما إن كانت ناشزة وإن لم تكن ناشزة لم يلزمها شيء ووقع الخلع صحيحا بقدر حصته فقط لأن الطلاق لا يتبعض كما يأتي، فإن علم تقدم أحدهما بالألف كله ثم التبس صح الخلع ولا عوض على أيهما إذ لا تحويل على من عليه الحق فهو خلع في الأصل على عوض وسقوطه

---

(١) منها إن كان الزوج هو المبتدئ وقبل الاعراض منه إن كانت هي المبتدئة، فلو طلق بعد الاعراض لم يقع شيء اه .

من بعد لعارض اللبس لا يضر « ويورد هـذا فى مسائل المعاياة : أين خلع صح من دون تسليم عوض ؟ فيجاب بهذا » .

﴿ أو ﴾ قالت المرأة لزوجها ﴿ طلقنى ﴾ على مائة ﴿ أو ﴾ قال له غيرها ﴿ طلّقها على كذا ﴾ أى على مائة مثلاً ﴿ فطلّق ﴾ طلقت خلعاً ولزمها المائة حيث هى المطالبة ولزم ذلك الغير حيث هو المطالب ولو لم يقل على مائة منى لأن دخوله فى العقد يجرى مجرى الالتزام والضمان، ولهذا قال فى البيان : وإذا قال الغير طلّقها على ألف منى أو على مهرها صح ولزمه ذلك . وإن قال طلّقها على ألف أو على مهرها أو وأنت برىء من مهرها فطلق صح ولزمه ذلك . وعلّله المحشى بأن سؤاله يجرى مجرى الضمان فإن قال طلّقها على أنى ضامن لك إبراءها فطلق لم يلزمه شىء لأن الضمان بالابراء لا يصح ويقع الطلاق رجعيًا لفقد شرطه وهو العوض ولم يلزمه شىء .

ثم ذكر الإمام عليه السلام النوع الثانى من نوعى الطلاق وهو الشرط بقوله ﴿ أو شرطه ﴾ عطفًا على قوله « بعقد » أى شرط ذلك العوض الجامع لتلك القيود وهى كونه مالاً أو ما فى حكمه صائراً أو بعضه إلى الزوج، فلابد فى العوض أن يكون كذلك فى العقد وفى الشرط . والفرق بين الخلع بالعقد والخلع بالشرط من وجوه ستة : « الأول » أنه لابد فى العقد من القبول أو ما فى حكمه فى المجلس بخلاف الشرط ، « الثانى » أنه يعتبر نشوزها فى العقد حال القبول بخلاف الشرط فإنه يعتبر حال حصوله ، « الثالث » أن العقد لا يبطل بالموت بعد القبول بخلاف الشرط ، « الرابع » أن العقد تلحقه الإجازة بخلاف الشرط ، « الخامس » أنه يصح الرجوع لملتزم العوض سواء كانت هى أم غيرها فى العقد قبل الطلاق من الزوج إذا تقدم منها أو من غيرها الطلب بخلاف الشرط فلا يصح الرجوع فيه من ملتزم العوض ، وأما الزوج فلا يصح رجوعه فيهما كما يأتى ، « السادس » إذا طلّقها ثلاثاً بألف لم يستحقه جميعاً إلا بجميع الثلاث إن كانت كلها باقية مع النشوز فى الثانية والثالثة

أيضاً وتجديد العقد فى مجلس واحد ، ولا يُعَدّ العقد الثانى والثالث إعراضاً فإن طلق واحدة أو اثنتين استحق حصة ذلك من الألف فإن لم يبق إلا واحدة استحقه جميعاً بها بخلاف الشرط فلا يستحق شيئاً إلا بالثالثة ويكون خلعاً ويعتبر فيها النشوز والمراجعة فيما قبلها كما فى البيان وهامشه من مواضع .

وقد مثّل الإمام عليه السلام كيفية المخالعة بالشرط عقيب ذكره فقال ﴿ كإذا كذا أو طلاقك كذا ﴾ فالأول نحو إذا أبرأتنى فأنت طالق فإنها تطلق بالإبراء مع تعيين المبرأ منه كما يأتى فى الإبراء وهكذا إن ومتى أو أى أدوات الشرط « والثانى » أن يقول طلاقك إبراؤك قياسًا على قوله أنت طالق ثلاثاً للسنة فإنه مقدر بالشرط ، وكذا لو قال طلاقك أن تهبينى ألفًا أو عبداً أو نحو ذلك ويقبل الزوج الهبة فإن هذا بمعنى الشرط عرفا ، فأما لو قال أنت طالق ولى عليك ألف فقبلت طلقت مجاناً وكان رجعيًا ، فإن قال أنت طالق إلى مقابل كذا وقع الطلاق خلعًا لأن هـذا اللفظ شرط عرفى وإن لم يكن من أدوات الشرط المعروفة فى أصول اللغة العربية . والمعروف من حال العوام الآن أنهم لا يريدون بمثل هذا عند المخالعة إلا الشرط .

نعم ؛ وإذا خالعها بعوض مشروط ﴿ فوقع ﴾ ذلك العوض ﴿ ولو ﴾ تأخر حصوله ﴿ بعد المجلس ﴾ بمدة طويلة نفذ الخلع لأن المجلس لا يعتبر إلا فى العقد إلا أن يعلقه بوقت اعتبر حصول الشرط فى ذلك الوقت كما مرّ . فلو قالت إن طلّقتنى فأنت برىء فطلق كان خلعاً ، وكذا لو قال متى أبرأتنى فأنت طالق فإنه قد قيّد الطلاق بوقوع الإبراء فكان خلعاً مع تبيين المبرأ منه ﴿فيجبر ملتزم العوض﴾ أى من التزمه بالقبول أجبر على تسليمه فإن تلف قبـل قبضه رجع الزوج ببدله لأنه مضمون على الملتزم مطلقًا سواء كان القابل الزوجة أم غيرها . وإنما يجبر ﴿ فى العقـد ﴾ لأنه قد لزم بالقبول لا فى الشرط إذ لا يقع الخلع إلا بحصوله أما لو قال أنت طالق على إبرائى أو على أنى برىء فقالت أبرأتك أو قبلت وقع الطلاق خلعاً والإبراء مع تعيين المبرأ

منه حيث كان ديناً ، وكذا لو قال أنت طالق على أن تبرئيني فقالت قبلت طلقت خلعاً ولما يقع الإبراء ولزمها مثل مهر المثل فيتساقطان ولا وجه لإجبارها إن امتنعت من الإبراء مع التساقط . أما لو قالت طلّقني وأنت برىء من مهرى فقد برئ منه سواء طلّق أو لا وليس لها الرجوع إن لم يطلّق فإن طلّق كان الطلاق رجعياً إلا أن يعرف من قصدها انها ما أبرأته إلا ليطلق وقصدت بذلك الشرط وتصادقا عليه أو أقامت البينة على إقراره أو على شاهد الحال فلها الرجوع كما يأتى .

﴿ و ﴾ يجبر ﴿ الزوج على القبض ﴾ لعوض الخلع إذا جاء به من التزمه ﴿فيهما﴾ معاً أى فى العقد والشرط . وإنما أجبر الزوج على القبض لتبرأ ذمة الملتزم للعوض لا ليحصل الطلاق فالطلاق قد وقع فى العقد بالقبول وفى الشرط بالتخلية بين الزوج وبين العوض المشروط إن كان عيناً على وجه التمليك لا ديناً فلا بد من القبض وإن لم يقع الطلاق لأن التخلية للدين لا تكون قبضاً ، فعلى هذا لا يجبر إلا على قبض الدين وأما العين فتكفى فيها التخلية . ﴿ ولا ينعقد ﴾ الخلع ﴿ بالعِدَة ﴾ من الزوج بالطلاق أو من الزوجة بالإبراء ولوحصل من كل منهما ذلك لأنهما كلامان وكل واحد منهما غير مقيّد بالآخر فكان كما لو طلق بغير عوض إذ العدة ليست بعقد ولا شرط وصورة العِدَة من الزوج أن يقول ابرئينى وأنا أطلقك فأبرأته ثم طلق فإن لم يطلق فلها الرجوع فى الإبراء ، وصورة العدة منها نحو أن تقول طلّقنى وأنا أبرئك فطلقها ثم أبرأته فيبرأ فإن امتنعت من الإبراء لم يرجع عليها بشىء ، ولا يقع الطلاق فى الصورتين خلعاً بل رجعياً .

﴿ فرع ﴾ وكما لا ينعقد الخلع بالعِدَة لا ينعقد بالخطاب كأن تقول طلّقنى فيقول برئينى فتقول أبرأتك فيقول وأنت طالق فهذا رجعى ويقع الإبراء وإذا راجعها فلا يعود مهرها لسقوطه ، وكذا لو قال راجعتك على جميع حقوقك كما يعتاده كثير من الناس فلا يعود مهرها لكن إذا أضمرت أن الإبراء مقابل البينونة فلها الرجوع باطناً

لا ظاهراً إلا إذا صادقها على ذلك أو بينت بإقراره أو على شاهد الحال والاحلف مايعلم ولا يظن أنها أرادته .

﴿ ولا تلحق الإجازة ﴾ من صور الخلع ﴿ إلا عقده ﴾ على مال أو منفعة كما مر فلو كان العقد على عوض غير مال ولا منفعة كأن يخالعها عقداً على دخول الدار ولم يكن لمثله أجرة كان الطلاق رجعياً وإن كان لمثله أجرة كان خلعا فلا بد فى كونه خلعا من أن يكون العوض مالاً أو منفعة لها قيمة . فإذا خالع فضولى عن المرأة أو الزوج ثم أجاز المخالع عنه نظر : فإن كانت مخالعة الفضولى بعقد لحقته الإجازة وإن كانت بشرط لم تلحقه فيبطل ، وصورة العقد أن يقول الفضولى للمرأة قد طلقتك بألف عن فلان فتقول قبلت ويجيز الزوج ما قاله الفضولى . فأما لو قال الزوج فلانة طالق بألف فقال الفضولى قبلت عنها فلا يقع إلا بإجازتها وصحة تصرفها ونشوزها حال العقد لأنه جعل القبول عنها لا تبرعاً كما لو قال اشتريت لفلان ولم يجز فلان .

﴿١٧٢﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان قدر عوض الخلع وقد تقدم مقدار أقله انه ماله قيمة فى القيمى ومالاً يتسامح بمثله فى المثلى ، وأما أكثره فإن كان من غير الزوجة فلا حد لأكثره ﴿ و ﴾ إن كان من الزوجة فاعلم أنه ﴿ لا يحل ﴾ للزوج أن يأخذ ﴿ منها ﴾ - غير تبرع - يعنى من الزوجة المخالعة ﴿ أكثر مما لزم ﴾ عليه وجوبا ﴿ بالعقد ﴾ أى بعقد النكاح الذى خالعها فيه فما لزم ﴿ لها ﴾ به من مهر ونفقة وكسوة ونحوها مما هو واجب لها من يوم تزوجها إلى يوم الخلع سواء كان بذمة الزوج أم قد صار إليها وما لزم لها من نفقة العدة إلى يوم انقضائها ﴿ و ﴾ كذا ما لزم لها تربية وحضانة ﴿ لأولاد ﴾ ها ﴿ منه صغار ﴾ ونفقتهم وكسوتهم أيضاً إلى سن الاستقلال سواء زادت على سبع سنين أم نقصت وسواء كانوا باقين أم قد ماتوا أوصاروا وقت الخلع كباراً فيرجع إلى

غالب سن الاستقلال فى الصبيان ومن كان مجنوناً فإلى استقلاله إن عاد عقله وإن مات مجنوناً فإلى موته. وإنما صح بنفقة أولادها منـه لأن لها ولاية الحضانة وحق المطالبة والقبض ، فهذا هو اللازم عليه بعقد النكاح فلو كان اللازم لها عليه بغير العقد كأروش الجنايات وقيم المتلفات لم يصح الخلع عليه إن كان العوض منهـا فإن كان من غيرها جاز ولو زاد على مالزم بالعقد كما تقدم ، وكذا ما زادته تبرعاً بعـد وقوع الطلاق ولو فى مقابلة الطلاق لأن المسوغ لجواز الزيادة هو التبرع منها فإن خالعها على أكثر مما يجب عقداً أو شرطًا ففى العقد يبطل العوض ويقع الطلاق رجعيا وفى الشرط لا يقع شيء مطلقًا سواء كانت هى الشارطة أم هو .

﴿ فرع ﴾ وإذا خالعها على مايلزمه لها من النفقة وغيرها ولأولادها منه ثم ماتت وهى فى العدة أو مات أولادها قبل استقلالهم رجع الزوج عليها أو على ورثتهـا بقدر ما بقى من العوض لأنه فى الحقيقة على مثل اللازم له اللهم إلا لعرف بأن الخلع على ذلك ما بقيت الزوجة والأولاد فلا وجوب بعد الموت .

﴿ ويصح ﴾ طلاق المخالعة ﴿ على ذلك ﴾ أى على قدر مالزم لها ولأولادها الصغار منه من النفقة وأجرة التربيـة ونحو ذلك لا أكثر منه إن كان منها إلا تبرعاً ومن غيرها مطلقًا كما تقدم فالإشارة ترجع إلى المفهوم لا إلى المنطوق لئـلا يوهم دخول صورة المنع ، وقد حذفها فى الأثمار كما حذف لفظ أكثر فراراً من الإيهام، وحذف قوله ويصح على المهر الخ خشية التكرار ولفظه « وإنما يحل منها إلى قدر ما لزم بالعقد لها ولأولادها منه صغارا ولو مستقبلا » وفيها سر التنبيه أيضاً على جواز أقل ممـا لزم بالعقد بخلاف عبارة الأزهار كما أفاده بهران فتصح المخالعة على ما لزم بالعقد إن كان العوض منها ﴿ ولو ﴾ كان ذلك العوض اللازم الذى خالعها عليه هو مثل مايلزم لها عليه ﴿ مستقبلاً ﴾ ومجهولاً لمـا يأتى « كنفقة » العدة ونفقة أولادها المستقبلة وأجرة تربيتهم فإن المخالعة تصح بمثل ذلك ويسقط وجوب ذلك على الزوج فلايلزمه

شيء مع المراضاة ، وسواء كانت النفقة ونحوها مقدرة حال الخلع أم غير مقدرة لأن الجهالة تغتفر في عوض الخلع كما سيأتي فإن اختلفا بعد ذلك فللزوج طلبها بما قد لزمها له بالمخالعة في ذلك القدر دفعة واحدة مع اليسار لا مع الإعسار فتمهل ، ولا يجب عليها التكسب لقضائه لأنه دين، وأما هو فيجب عليه أن ينفق عليها وعلى أولادها ولا تجب دفعة واحدة بل تقسط يومًا فيومًا ويلزمه التكسب لذلك إن كان معسراً ولها أن تطالبه في ذلك .

﴿ سؤال ﴾ فإن قيل إن من شرط الخلع النشوز حيث العوض من الزوجة ومع نشوزها لا نفقة لها فكيف قلتم يصح أن يخالعها بنفقة عدتها وهي غير لازمة على الزوج بالنشوز ﴿ فالجواب ﴾ من وجهين : « الأول » أن المخالعة في التحقيق على مثل ما كان يلزم الزوج من النفقة لو كانت غير ناشزة فيلزم له عليها ذلك القدر « الثاني » وهو جيد أن نقدر أنها نشزت مدة يسيرة ليس لمثلها قسط من النفقة وحصل خلعها في تلك الحالة فالنفقة لم تسقط مع التوبة عقيب الخلع وهذا وجه صحيح. وتصح المخالعة سواء صرحا في الإيجاب والقبول بمثل نفقة العدة أم بنفقة العدة لأن معناها يتمشى على أحد الوجهين .

﴿ فرع ﴾[1] «وإذا طلقها على الإبراء من نفقة عدتها لم يصح الإبراء ويقع الطلاق رجعيًا بالقبول ، وذلك في العقد لا في الشرط فلا يقع شيء » « وإنما لم يصح الإبراء لأنه من مستقبل وهو لا يصح على أصلنا ، ولا يشكل عليك هذا بما في الأزهار ولو مستقبلاً فالمراد هناك المخالعة على مثل ما يلزم في المستقبل ولذا جئنا بكاف التشبيه في قولنا « كنفقة » ولم نذكر في ذلك إبراء من المستقبل فلا يقع الإبراء ويقع الطلاق رجعياً إلا أن يكون ثمة عوض آخر غير الإبراء كان الطلاق بائناً وفي الشرط لا يقع الطلاق ولو شرط عوضاً آخر مع الابراء لعدم صحة الشرط وهو الابراء ».

(١) يستفاد أوله من البيان اهـ .

﴿ و ﴾ تصح المخالعة ﴿ على المهر ﴾ وهذا تخصيص بعد التعميم لمسيس الحاجة إليه إذ المخالعة عليه أكثر منها على غيره وليتفرّع عليه التنصيص على ما ذكر بعده ، فإن كان المهر باقياً عليه معيناً أو غير معين سقط وإن كان قد قبضته وهو باق بعينه ردّته له وإن كانت قد أتلفته أو وهبته له أو لغيره أو أبرأته منه قبل قبضه فإن تصادقا على أنهما أرادا الخلع على مثله صح ولزمها، وإن لم يتصادقا على ذلك لم يصح الخلع عليه لأنه معدوم ويكون الطلاق رجعيا بالقبول فى العقد ﴿ أو ﴾ خالعها أيضا على ﴿ مثله ﴾ يعنى على مثل المهر إن كان مثليا أو على قيمته إن كان قيميا ، وسواء كان باقيا فى يد أحدهما إذ يصح على مثله ولو كان معينا باقيا أم كان قد تلف بعد القبض أو قبله أو أبرأته منه أو كان غير معين لبقائه فى ذمة الزوج فيلزمها للزوج مثله فى جميع هذه الصور ولو ﴿ كـ ﴾ ان لزوم ﴿ ذلك ﴾ مستقبلاً مجهولاً غير لازم عند الخلع كنفقة العدة وتربية الأولاد فيدخل فى ذلك ما إذا كان المهر المخالع عليه أو على مثله قد لزم بالدخول أو نحوه وما لم يكن قد لزم كأن يعقد بامرأة ولم يسمّ لها مهراً فإنه لا يلزمه المهر إلا بالوطء ونحوه فإذا خالعها على مثل المهر لزمها له ذلك وهو مهر المثل كله إذ هو الذى كان سيلزم بالدخول وصح الخلع ولو كان لزوم المهر مستقبلاً لوجود سببه وهو العقد ويلزمه لها المتعة فلو خالعته على مثل المهر والمتعة معاً صح ولزمها مثلهما معاً ولا يتساقطان للاختلاف فى الصفة .

﴿ فإن ﴾ خالعها على مهرها لـكن ﴿ لم يكن قد دخل ﴾ ولا خلى بها ﴿ رجع ﴾ عليها ﴿ بنصفه ﴾ أى بنصف المهر عيناً كان أو ديناً لأنه قد استحق عليها المهر بالخلع وانكشف أنها لا تستحق منه إلا نصفه لوقوع الطلاق قبل الدخول ونصفه الآخر باق للزوج، وهذا إذا لم تـكن المرأة قد قبضته فأما لو كانت قد قبضته رجع عليها بمهر كامل لأجل الخلع ونصف مهر لأجل الطلاق ونصفه الآخر ،تستحقه لمقابل طلاقها قبل الدخول إذا كان العقد صحيحاً مع التسمية الصحيحة على ما تقـدم تفصيل ذلك

فى النكاح أثناء فصل ١٤٦ وإلا لزمها له المهر للطلاق عليه ولزمه لها المتعة. ولايقال فى صورة الأزهار أنها لاتستحق إلا نصفه فقط فلم يقع الطلاق إلا عليه لأنه يقال بل الكل لازم بالعقد وإنما سقوطه طارئ بخلاف مالو خالعها بما تستحق عليه فى هذه الصورة فلم يرجع بشىء ﴿ ونحو ذلك ﴾ الذى تقدم لو كان قد دخل بها ثم أبرأته من نصف المهر أو وهبته ثم خالعها على مهرها فإنه يرجع عليها بنصفه أيضاً ، وهكذا لو أبرأته من نصف المهر ثم طلقها قبل الدخول على نصف مهرها فإن كان قد سلم لها نصفاً وأبرأته من نصف ثم خالعها قبل الدخول على المهر استحق المهر كاملا ومثل نصفه وذلك أنها استهلكت بالإبراء نصف المهر فتضمنه كما مر ولزمها مهر كامل لأجل الخلع عليه ، وأما ما كان قد قبضته فتستحقه لأجل الطلاق قبل الدخول بالشرطين المذكورين .

﴿١٧٣﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ويلزم﴾ الغار المكلف سواء كانت الزوجة أم غيرها نحو ان تقول المرأة لزوجها طلقنى على مافى يدى من الدراهم أو يقول الغير طلقها على ما فى يدى من الدراهم فطلقها فإذا ليس فى اليد شىء فإنه يقع الطلاق بائناً ويلزم الغار ﴿ بالتغرير ﴾ للزوج ﴿ مهر المثل ﴾ بالغاً ما بلغ سواء كان قد سمى لها مهراً أم لا وسواء كان المسمى مساويا لمهر المثل أم أقل أم أكثر ، ووجه لزوم مهر المثل أنه عوض البضع والتغرير كالجناية المفوتة للبضع فيلزم عوضه إذا كان الخلع عقداً منها أو من غيرها لاشرطاً فلا يصح الطلاق ولايلزم العوض ، وهذا خلاصة ماتلخص للمذهب فى هذا المقام لأنه قد ثبت مهر المثل فى إذهاب البكارة بجناية وفى الوطء غلطا فكذا الجناية على الزوج بتفويت البضع عليه بالتغرير . ومن صور التغرير لو قالت أو الغير على مافى الكيس هذا من الدراهم ولا شىء فيه وقع الخلع ولزم مهر المثل فإن كان فى اليد أو الكيس شىء من الدراهم فانه يقع الخلع وليس له غير ماوجد ولو كان درهما واحداً لأن من للتبعيض

فلو قال على هذه الدراهم فانكشفت درهمان لزم مهر المثل ، فلو قالت على ما فى يدى ولم تقل من الدراهم أو على ما فى الكيس ولم تقل من الدراهم وليس فيهما شىء لم يكن تغريراً لأنها لم تذكر ما ينبئ عن المال فإذا طلقها على ذلك وقع رجعيا فى العقد لا فى الشرط وهكذا لو قال ذلك غيرها .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الخلع ﴾ أنه ﴿ لا تغرير ﴾ على الزوج فى صورتين : ﴿ الأولى ﴾ قوله ﴿ إن ابتدأ ﴾ بطلب المخالعة فى الصور التى جعلناها تغريراً ونحوها نحو أن يبتدئها فيقول طلقتك على ما فى يدك أو على ما فى الكيس من الدراهم فقالت قبلت فانكشف عدم الدراهم فإنه يقع الطلاق رجعياً فى العقد لا فى الشرط ولا يلزمها مهر المثل ههنا سواء حصل منها إيهام فى صحة العوض أم لا . ﴿ والثانية ﴾ قوله ﴿ أو علم[1] ﴾ أو ظن أن الكيس عطل فلا تغرير منها ولو كانت هى المبتدئة لكونه عالماً أو ظانا بذلك فلا يلزمها مهر المثل ويقع الطلاق فى العقد لا فى الشرط رجعيا بقبولها حيث كان هو المبتدئ أو قبوله حيث هى المبتدئة لأن تقديم السؤال قائم مقام القبول فإن لم يحصل قبول أيهما فى الصورتين لم يصح شىء .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الخلع ﴾ أنه يلزمها من العوض ﴿ حصة ما فعل ﴾ من الطلاق ﴿ وقد طلبته ﴾ المرأة أن يطلقها ﴿ ثلاثا ﴾ بألف فطلقها واحدة استحق ثلث الألف وإن زاد ثانيـــة فثلثيه وإن زاد ثالثة فكله إذا وقعت كلها فى المجلس وتخلل بينها عقدان برضاها ونشوزان كما تقدم فى الفروق بين العقد والشرط. والمراد عقد النكاح ولا يكون العقد إعراضاً ولا يكفى النشوز الأول إلا أن يستمر إلى العقد الآخر والطلاق بعده وتستحق بالعقدين الآخرين نصف ماسمى وإن لم يسم فالمتعة فلو امتنعت من العقد عليها وقد طلبته ثلاثاً بألف فلا شىء عليها غير ثلثه، وقد صح العقد الأول

(١) ولها تحليفه انه ماعلم ولاظن، فان نكل فلا شىء عليها، ويقع الطلاق بالقبول رجعيا فى العقد لا فى الشرط فلايقع شىء اه

خلعاً لأنه رضى بإسقاط حقه ، فإن وقع الطلاق الثانى فى مجلس آخر لم يستحق عليه شيئاً من العوض لأن عقد الخلع قد بطل بافتراقهما وهـذا يخالف الشرط فإذا كان مشروطاً كإن طلقتنى ثلاثاً فلك على ألف لم يستحق شيئاً حتى يطلقها ثلاثاً وتكون الثالثة هى الخلع يعتبر فيها النشوز حالها لا عند الأوليين إذ هما رجعيتان ولا يجب لهما شيء من العوض .

﴿ أو ﴾ طلبت الخلع ﴿ لها وللغير ﴾ نحو أن تقول طلقنى أنا وفلانة بألف فطلقها وحدها استحق نصف الألف وإن طلق الثانية فى ذلك المجلس استحق الألف بكماله ويكون الألف منها حيث قالت بألف منى أو أطلقت ويعتبر نشوزها لا الثانيـة فلا يعتبر لـكون العوض من غيرها ، فإن قالت على ألف منى ومنها فإن قبلت الأخرى أو أجازت طلقت ويلزمها حصتها منه مع نشوزها حال العقد لأن العوض منها وإن لم تكن ناشزة وقع الطلاق عليها رجعياً فإن لم تجز لم يقع شيء ولا يلزمها الحصة من العوض سواء كانت ناشزة أم لا .

وقوله ﴿ حسب الحال ﴾ ليشمل سائر الصور التى يتأتى فيها تحصيص العوض فيستحق بالبعض البعض أو كله عند حصول الغرض كما أشار إلى بعضها أبو حامد وهى موافقة لأصـول المذهب ﴿ فنها ﴾ لو قالت طلقنى ثلاثاً على ألف ولم يبق لها من الثلاث إلاواحدة فطلقها واحدة استحق الألف كله لحصول الغرض المقصود لها وهى الثلاث ولو كان بعضهن قبل الطلب وسواء كانت عالمة أنه لم يبق إلا واحدة أم جاهلة لذلك . ﴿ومنها﴾ لو كانت باقية فى اثنتين استحق الألف بهما ونصفه بإحداهما فلو قال الزوج طلقتك ثلاثاً بألف فقالت قبلت واحدة بثلث الألف لم يقع شيء لعدم مطابقة جوابها لسؤاله ولأنه لم يرض بالبينونة إلا بكمال الألف كما لو طلقها على الألف منها ومن غيرها فقبلت ولم يقبل الغير فإنه لايقع عليها شيء لارجعى ولا بائن لأنه لم يرض بالبينونة إلا بكماله منهاومن الغير . ﴿ومنها﴾ لو قال أنت طالق ثلاثاً على ألف

فقالت قبلت واحـدة على الألف أو سكتت فإنه يصح الخلع لحصول غرض الزوج وهو الألف ولأن الثلاث لا تقع إلا واحدة والزائد عليها لغو ﴿ ومنها ﴾ لو قالت طلقني عشراً بألف فبالواحدة العشر وبالثنتين الخمس وبالثلاث الـكل . قال الإمام عليه السلام هذا من عجائب الاحكام وهو مستقيم على أصلنا .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا اختلفا فقالت سألتك ثلاثاً بألف فاجبتني فقال بل طلقة بألف وقد فعلت استحق ثلث الألف لأن القول قولها فى قدر العوض وتبـقى باثنتين لأن القول قوله فى عدد الطلاق .

﴿ و ﴾ إذا خالع الزوج على عوض فاستحق أو بعضه للغير بالبينة أو اليمين لا بالإقرار فإنه يلزم للزوج ﴿ قيمة ما استحق ﴾ من العوض لذلك الغـير إن كان قيمياً ومثله إن كان مثليا، وتعتبر القيمة يوم عقد الخلع إذ هى التى وقعت المخالعة عليها كما لو خالعها على فرس أو حَبّ أو نحوهما فانـكشف للغير فإنه يلزم عوضه للزوج وقد صح الخلع إلا أن تَمْلـكَه من بعد فله أخذه دون عوضه ، فإن استحق نصف المال المخالع عليـه للغير فللزوج الخيار إن شاء ردّ النصف الباقى وطالبها بعوض الجميع وإن شاء أخذه وردت إليه نصف القيمة . وكذا فى خيار الرؤية وسائر العيوب فإنه ثابت للزوج فى عوض الخلع سواء كان معينا أم غير معين فتستحق قيمة المعين غير معيب وفى غير المعيب تسلم أدنى جنسه غير معيب ، ذكر هذا فى الإفادة .. وهذه المسئلة مبنية على أن الزوج عند العقد جاهل كون ذلك المال للغير وهى المبتدئة إذ لو كان عالما أو مبتدئا لم يستحق شيئا إلا أن يجبر مالـكه حيث هو عقد لا شرط .

﴿ و ﴾ إذا خالعها على مهرها وقد كان سقط على الزوج كله أو بعضه بإبراء أو نحوه وكانا جاهلين معا فإنه يصح الخلع ويلزمها له ﴿ قدر ما ﴾ قد ﴿ جهلا سقوطه ﴾ عن الزوج حال عقد الخلع فتدفع للزوج قدر المهر إذ المخالمة فى التحقيق على ذلك مع سقوطه إذا كانت مبتدئة ﴿ أو ﴾ كان الزوج ﴿ هو ﴾ الجاهل وحده أنه قد سقط عنه

﴿ أو ﴾ المرأة أيضا ﴿ هى المبتدئة ﴾ لطلب المخالعة بالمهر عند العقد نحو أن تقول طلقنى على مهرى ، فقال ــ جاهلا لسقوطه ــ طلقتُ صح الخلع ولزمها قدر المهر سواء كانت عالمة بسقوطه أم جاهلة. وأما لو كان الزوج هو المبتدئ لذلك فقال خالعتك على مهرك فقالت قبلت فإنه لا يلزمها له شىء سواء علما سقوط المهر أم جهلا حيث هو المبتدئ أو هى المبتدئة وكان عالما بسقوطه لارتفاع التغرير بعلمه فلا يستحق عليها شيئا مع البداية منه أو مع علمه ويكون الطلاق رجعيا حيث كان الطلاق عقدا لا شرطا فلا يقع شىء، فإن علما معاً فحيث لا يقصدان على مثله لا يصح خلعا ويقع رجعيا كما قلنا فى العقد لا فى الشرط وإن تصادقا على أنهما أرادا المخالعة على مثله صح الخلع ولزمها المثل للزوج ولو كان المهر قد سقط عن الزوج بإبراء أو هبة لأن ذلك كاستيفائه ولا يتوهم أن المخالعة على أكثر مما يلزمه لها لما قلنا أن الإبراء كالاستيفاء ويصح أن تخالعه على مثله كما مر فى الأزهار « وعلى المهر أو مثله كذلك » .

﴿ و ﴾ إذا طلق المريضة على عوض منها أو من مريض غيرها ولو كانت صحيحة سواء كان العوض قدر الثلث أم أكثر منه ولم يجز الورثة فلا ﴿ ينفذ ﴾ ذلك العوض ﴿ فى ﴾ حال ﴿ المرض ﴾ المخوف إذا وقع الموت منه إلا ﴿ من الثلث ﴾ فقط ويعتبر الثلث ووجود الوارث وعدمه فى العقد حال العقد ، وفى الشرط عند حصوله وينفذ من رأس المال إن لم يوجد وإن كان قبل موجوداً أو وجد من بعد فإنه يبطل الزائد على الثلث إن لم يجز ويكون الطلاق خلعا فى العقد لا فى الشرط فلا يقع إلا أن يفى الثلث بما شرط أو يجيز ورثتها وقع . وهـذا حيث يكون الزوج المبتدئ أو علم وكان عوض الخلع معينا وإلا كان الزائد فى ذمتها مطلقا لأنه جناية منهـا بالتغرير وجناية المريض من الثلث إلى قدره ثم فى ذمته، فإن كانت هى المبتدئة لزمها قيمة الزائد فى المعين فى ذمتها إن لم يجز الوارث .

﴿ فرع ﴾ فلو كان الملتزم بالعوض مريضا مرضا مخوفا مستغرقا ما له بالدين

فالمخالعة تصح ويكون العوض فى ذمته لأن ذمته تسع فإذا مات لم يبطل الخلع ولو بطل العوض باستغراق تركته ، ولم يدخل العوض بهـذا الالتزام فى جملة الدين ولو قبل حجر الحاكم لأن المرض حجر كما يأتى ، ويورد فى مسائل المعاياة : أين خلع صح من دون تسليم عوض كما مر فيمن علم تقدم خلعها ثم التبس؟ فيجاب بهذا أيضاً. ومن ذلك لو ادعى أنه طلقها على ألف إلى ذمتها فقالت بل إلى ذمة زيد ولم يبين وحلفت كان خلعا ولا عوض له .

﴿ ولها ﴾ أى ويثبت لملتزم العوض من الزوجة ﴿أو الغير﴾ إذا كانت هى المبتدئة أو الغير بعقد الخلع ﴿ الرجوع ﴾ بالقول ﴿ قبل القبول ﴾ من الزوج بالطلاق ولـكن هذا ﴿ فى العقد لا فى الشرط ﴾ فلا يصح الرجوع فيه بالقول . مثال العقد أن تقول له المرأة أنت برىء على أن تطلقنى أو طلقنى أو طلقها بألف فلملتزم العوض أن يرجع قبل أن يقبله الزوج وقبوله أن يقول طلقت فإن رجع قبل ذلك بطل عقد الخلع فلو طلق بعد الرجوع كان الطلاق رجعيا ولو جهل الرجوع . وكذا لو تقارن الرجوع وقبول الزوج رجح الرجوع ويكون الطلاق رجعياً فإن التبس ذلك فالأصل عدم الرجوع . وأما الشرط فلا يصح الرجوع فيه بالقول ويصح بالفعل لأن الشروط لا يصح الرجوع فيها إلا بالفعل كأن تبيع ما شرط كونه عوضا أو تخرجه عن ملـكها بأى وجه من وجوه التمليك وأما الزوج فلا يصح رجوعه لا فى العقد ولا فى الشرط : أما فى العقد فلأن رجوعه بعد الإيجاب منه كالرجوع عن الطلاق وهو لا يصح، وأما فى الشرط فلا يصح الرجوع إلا فعلا وهو لا يصح منه ذلك .

﴿ مسئلة ﴾ لو قالت أنت برىء على طلاقى فقال الزوج قبلت أو نعم كان طلاقها خلعا مع النية لأنه كناية طلاق لعدم انحصار الـكنايات كما لو قال قبلت براءتك بطلاقك فإن لم ينو الطلاق لم يقع شىء .

﴿ و ﴾ ﴿من أحكام الخلع﴾ أنه ﴿يلغو﴾ أى يبطل فى عقد الخلع ﴿شرط صحة الرجعة﴾

سواء كان الشرط بعد تمام العقد كأن يقول خالعتك على ألف فقبلت ثم قال ولى عليك الرجعة، أو قبل تمامه كأن يقول طلقتك على ألف على أن تكون لى الرجعة عليك فقبلت فإنه يبطل هذا الشرط ويصح الخلع والمراد بالشرط هنا هو العقد .. وأما صيغة الشرط المحض نحو أن يقول خالعتك على ألف إن كان لى عليك الرجعة فلا يقع مع الطلاق لارجعيا ولا بائنا، والفرق أن العقد يتم بالقبول بخلاف الشرط فالقبول غير معتبر فيه، ووقوع الشرط هنا غير ممكن لأنه جمع بين ضدين : وقوع الخلع وهو بائن ووقوعه رجعياً للشرط .

﴿١٧٤﴾ ﴿ فصــــل ﴾

فى بيان حكم الخلع ولفظه وعوضه . أما حكمه فقد أوضحه الإمام عليه السلام بقوله ﴿ وهو ﴾ يعنى الخلع حيث وقع بشرط أو عقد جامع للشروط فيهما ﴿ طلاق بائن يمنع الرجعة ﴾ إلا بعقد جديد فى غير الثالثة ولو فى العدة كالطلاق قبل الدخول وإن خالفه فى عدم ثبوت العدة فيه فلا تصح الرجعة فيه بالقول أو الفعل كما تصح فى الرجعى من الزوج فى العدة ﴿ و ﴾ يمنع أيضا ﴿ الطلاق ﴾ أى لا يتبعه طلاق لأن الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق والخلع نوع من الطلاق لا فسخ . ﴿ و ﴾ الخلع ﴿ لفظه ﴾ وما يتصرف منه كخالعتك وأنت مخالعة وكذا المباراة ﴿ كناية ﴾ طلاق فى باب الخلع وغيره ولو ذكر العوض مع لفظه فإنه إذا قال خالعتك أو بارأتك على كذا فهو كناية طلاق إن أراد به الطلاق وقع ولزم كسائر الكنايات والالم يقع والقول قوله فى ذلك لأنه لا يعرف إلا من جهته بخلاف قوله طلقتك وأنت طالق على كذا فإنه صريح طلاق .

﴿و﴾ إذا اختل قيد من القيود التى اعتبرت فى الخلع بعد أن وقع القبول ونحوه

فإنه { يصير مُخْتَلُه(١) رجعياً } قال السحولى « بعد تمـام أركانه ولم يكن ثالثاً ولا قبل الدخول » وكلام الأزهار كلام كلى وضابط جلى يدخل تحته ما لا ينحصر من الصور والجزئيات. ولما كان كثيراً ما يقع اللبس فى صور قد قررت للمذهب فى هـذا الباب ناسب التتبع لها والتنصيص على ما أمكن الوقوف عليـه منها نصاً فى ذلك ، « فمنها » أن يطلقها بغير عوض سواء كان عقداً أم شرطا ، « ومنهـا » أن يكون العوض غير مال سواء كان عقداً أم شرطا ، « ومنها » أن يكون الخلع بعوض صائر كله إلى غير الزوج لا بعضه فيصح خلعا بقدر ما صار إليه ، « ومنهـا » أن يكون العوض من الزوجة وهى غير ناشزة وكان عقدا فيقع بالقبول رجعيًا ، « ومنها » أن يكون العوض منها أكثر ممـا لزم بالعقد لها وكان عقداً فيقع بالقبول رجعيا ويكون المال فى يد الزوج كالغصب فى جميع وجوهه مع جهلها لا مع علمها بتحريمه فكالغصب إلا فى الأربعة ، « ومنها » أن يختل العقد ولا يكون شرطا كأن يقول أنتِ طالق فتقول المرأة وأنت برىء ، «ومنها » أن تقول طلقنى وأنت برىء أو ولك ألف فطلق فيكون رجعياً ، « ومنها » لو قال ردى على مهرك حتى أطلقك فردته فطلقها كان رجعياً لأن حتى وعدية لا عقدية ولا ينعقد بالعِدَة ، « ومنهـا » لو قال هبينى كذا لأطلقك فوهبته ذلك ثم طلقها كان رجعياً ، «ومنها» لو قالت طلقنى على مهرى فقال طلقتك لسوء عشرتك كان رجعياً ، «ومنها» لوجاءت بلفظ الكناية فقالت سرّحْنى أو أبنّى بألف فقال أبنْتُك أو سرحتك ولم يقل بألف ونواه طلاقاً دونها وقع رجعياً ، « ومنها » لو طلقها على أن تدعى مهرها عليـه فقبلت وقع الطلاق رجعياً لاختلاف العقد فى هذه الصورة وخروجها إلى العِدَة ، « ومنها » أن يقع الطلاق فى غير مجلس الابراء والعكس ثم طلقها كان رجعيا ، « ومنهـا » أن يبطل العوض أوبعضه بأن يستحق للغير مع علم الزوج أو يكون مبتدئاً فيقع بالقبول رجعيا فى العقد لا فى الشرط

(١) ولايصح الابراء إذا اختل شىء من قيوده المتقدمة اه كواكب .

ومن بطلان العوض أن يعقد الإبراء على مهرها وقد سقط عن الزوج بإبراء أو نحوه ولم يتصادقا على أنهما أرادا على مثله وكذا لو كان المهر ألف درهم وجعل لها بقرة قيمتها مائة ثم خالعها على مهرها واختلف هل المراد الألف أم البقرة ولم يتصادقا على أن المراد مهر المثل فإنه يكون الطلاق رجعيا مع العلم بسقوطه « ومن ذلك » أن يعقد على الإبراء من نفقة العدة ولم يريدا على مثلها ولم يكن ثمة عوض آخر غير الإبراء وكان عقداً فيقع بالقبول رجعيا « ومن ذلك » أن يكون العوض ليس بمال ولا فى حكمه كدخول الدار وليس لمثله أجرة ولا عوض غيره سواء كان عقداً أم شرطاً فيقع بالقبول فى العقد رجعيا وفى الشرط بالفعل « ومن ذلك » إذا قال الزوج طلاقك خروجك فمتى خرجت طلقت رجعيا إذا لم يكن لمثله أجرة « ومن ذلك » أن يخالعها على ما ظنه مالاً كعلى مافى الكيس من الدراهم فانكشف أن لا دراهم فيه فيقع بالقبول رجعيا فى العقد لا فى الشرط ، « ومن ذلك » أن يخالعها على حر أو خمر مما لا يتمول فانكشف عبداً أو خلاً وقع الطلاق رجعيا ، « ومن ذلك » أن تكون الزوجة هى المبتدئة بإيجاب العقد ورجعت عن الإيجاب قبل قبول الزوج وطلق بعد رجوعها أو تقارنا فإنه يقع طلاقه رجعيا « ومنها » أن يكون المبرأ منه عينا فيقع بالقبول رجعيا فى العقد لا فى الشرط « ومنها » أن يوكل الزوج غيره وكالة مشروطة بالتسليم كأن يقول متى سلّمت امرأتى كذا فطلّقها فحصل الشرط ثم طلقها الوكيل كان الطلاق رجعيا ولو وقع التسليم على وجه يوجب الملك لأن الزوج لم يملك العوض بمجرد التسليم حكاه فى البيان « ومنها » أن تطلب الزوجة من الزوج الطلاق بعد سنة أو نحوها على ألف فطلق فى الحال كان رجعيا بالقبول منها فى العقد لا فى الشرط فهذا حاصل مفاهيم قيود ماسبق. وحاصل ما فى البيان من نصوص أهل المذهب وهى تنوف على عشرين صورة وإن كان بعضها متقارباً أو متداخلاً فالغرض توقى مظان السهو والخطأ والتقريب بجمع ماتفرق من ذلك .

وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من ثلاث صور فإن الخلع فيها لايصير رجعياً ولا بائناً بل لايقع شيء ﴿ الأولى ﴾ إذا خالعها بأكثر مما لزمه لها شرطاً نحو أن يقول إن أعطيتني ألفا فأنت طالق فأعطته ألفا وهو أكثر مما لزمه لها بالعقد لأن شرط وقوع الطلاق أن تعطيه ألفا يصح له تملكه جميعا والألف هنا لايصح له تملكه فلا يحصل شرط الطلاق بخلاف العقد كما تقدم . ﴿ الثانية ﴾ لو قال طلقتك على هذه الأرض إن كانت لك وقبلت المرأة طلقت فإن استحقت الأرض أو بعضها للغير بعد ذلك من يد الزوج بطل الطلاق ويبطل النكاح أيضا إن كانت قد تزوجت ، وهذا إذا استحقت الأرض أو بعضها بالبينة أو الحكم أو علم الحاكم لا إذا استحقت بنكول الزوج أو إقراره أو رده اليمين لأن الطلاق مشروط بقوله إن كانت لك فانكشفت للغير فبطل الشرط فبطل الطلاق المشروط .﴿ الثالثة ﴾ إذا خالعها على عوض منها من غير نشوز منها شرطا لا عقداً نحو أن يقول إذا أبرأتني فأنت طالق فأبرأت فلا يقع شيء لعدم النشوز لأنه علق الطلاق ببراءته، وذمته لاتبرأ لعدم النشوز فلا يبرأ، وإن أبرأت فلا يقع الطلاق . وأما إذا كان يعتقد أن العقد كالشرط فلا يقع طلاق ولا إبراء والعكس إذا كان يعتقد أن الشرط كالعقد وقع الطلاق وإن لم يكن شيء من ذلك رجع إلى عرف الشرع .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام عوض الخلع ﴾ أنه لايعتبر أن يتميز كعوض النكاح والبيع ونحوها بل ﴿ يقبل عوضه ﴾ كلية ﴿ الجهالة ﴾ كالإقرار والوصية فيكفي فيها الإجمال بذكر لفظ المال وإن لم يذكر جنسه ولا نوعه ولا قدره كعلى مال فيلزمها ما يطلق عليه اسم المال مما يصح أن يتموله الزوجات شرعا ﴿ و ﴾ لهذا إذا سمى في عوض الخلع جنسا من أجناس الأموال ولم يذكر نوعه ولا قدره فإنه ﴿ يتعين ﴾ له ﴿ أوكس ﴾ ذلك ﴿ الجنس المسمى ﴾ في البلد أي أدناه غير معيب مالم يعلمه فلو خالعها على فرس لزمها أدنى فرس وهو الأوكس ولا يلزمها الأعلى ولا الأوسط ، وكذا لو خالعها

على هذا الثور أو هذا الثور كان له أوكسهما بخلاف المهر لو أمهرها جنسا أو نوعا فانه يلزم الوسط من ذلك . والفرق بينهما هو أن البضع لا قيمة لخروجه وإلا بطل الخلع ووقع رجعيا بخلاف دخوله ولأن العوض فى النكاح واجب بخلاف الطلاق والعوض إنما هو فى مقابل الطلاق لا البضع وإن كان لازما له. وفرق بين أن يكون الشيء مقصوداً بالذات وبين أن يكون لازما غير مراد .

﴿ فرع[1] ﴾ فلو قال أنت طالق « على كذا » بهذا اللفظ وقبلت وتصادقا على أنه أراد مالا صح خلعاً ولزمها أدنى مايتمول وعلى هذا إذاقال « إذا كذا فأنت كذا » وتصادقا على أن المراد إذا أبرأتنى فأنت طالق كان خلعا أيضاً وكذا لو قال خالعتك « على شيء » صح ذلك ولزمها أدنى مال لايتسامح به .

﴿ فرع[2] ﴾ ويثبت فى عوض الخلع الخيار فى سائر العيوب وخيار الرؤية ولا فرق بين المعين وغير المعين وفى المعين يستحق قيمته غير معيب إذا رد بالعيب وفى غير المعين يتسلم له الاوكس من ذلك الجنس غير معيب .

﴿ فرع ﴾ قال فى البحر « فلو أمهرها كبشاً غير معيّن ثم خالعها عليه استحق الوسط إذ هو الذى عقد عليها به وقد عينته بالخلع فتساقطا فإن أمهرها كبشاً غير معيّن ثم خالعها بكبش غير معيّن أيضاً فلها الوسط بالنكاح وله الأوكس بالخلع لما مر من الفرق بين دخول البضع وخروجه » وإذا طلّقها على نفقة معلومة ثمفاتت استحق قيمتها وهى أجرة المثل .

﴿ و ﴾ إذا عقد الخلع على عوض ثم انكشف أن ذلك العوض لايتمول كالحر والخمر والخنزير بين مسلمين فإنه ﴿ يبطل الخلع ببطلانه ﴾ أى ببطلان ذلك العوض لعدم صحة تملكه وهذا حيث يكون الزوج هو المبتدئ أو عالماً أنه خمرٌ ونحوه، فإن بطل بعض العوض لم يبطل الخلع مع جهله لكن توفى المرأة الذى لم يبطل إلى مهر

(١) يستفاد من حاشية السحولى اه . (٢) يستفاد من البيان وهامشه اه .

المثل حيث هي المبتدئة ، وأما إذا لم تكن هي المبتدئة أو علم ببطلان بعض العوض فإنه يصح الخلع بالباقي .. ولا يبطل الخلع ببطلان عوضه إلا إذا بطل من ﴿غير تغرير﴾ فإن كان ثمة تغرير أو كانت الزوجة المبتدئة فإنه لا يبطل الخلع بل يلزم الزوجة مهر المثل للزوج، وهذا يخالف ما إذا استحق العوض للغير فإنه يلزمها قيمة ما استحق كما مر. والفرق بينهما أن ملك الغير تصح المخالعة عليه فإن لم يجز لزمت القيمة بخلاف الخمر والخنزير فلا تصح المخالعة عليه بحال . وإنما يبطل الخلع ببطلان العوض لعلم الزوج أو ابتدأته ﴿ لا الطلاق ﴾ فلا يبطل بل يقع رجعياً إذا كان عقداً مع القبول لا شرطاً فلا يقع شيء .

﴿ مسئلة ﴾[1] وإذا اختلف الزوجان في عوض الخلع فالقول لها في عدم التزام العوض إذ هو الأصل والبينة على الزوج حيث هو الذي يدعيه، وتثبت البينونة بإقراره فإن ادعت أنه لم يقبل في المجلس فعليها البينة لأنها مدعية الفساد ، وتثبت البينونة بإقراره أيضاً لأن الطلاق قد وقع بإقرار الزوج . والقول للزوج في ذلك أيضا إذ الأصل عدم الطلاق ، فإن قالت خالعتك مكرهة فوجهان : القول لها إذ الأصل براءة الذمة ، وللزوج إذ الأصل عدم الإكراه .

﴿ فرع ﴾ فإن اختلف في قدر عوض الخلع أو في جنسه أو نوعه أو عينه ففي الشرط البينة عليها وفي العقد القول قولها مع يمينها لأنها قد طلقت بالقبول والأصل براءة الذمة .

﴿١٧٥﴾ ﴿ فصل ﴾

في أحكام تتعلق بالطلاق ﴿ و ﴾ هي عشرة ﴿ الأول ﴾ أن ﴿الطلاق لا يتوقت﴾ انتهاؤه كالفسخ والعتاق بخلاف الإيلاء والظهار لأن الكفارة ترفعهما، فإذا قال لزوجته

(١) تستفاد من البحر اهـ .

أنت طالق شهراً أو سنة طلقت مستمراً، أما لو قال أنت طالق بعد شهر فتطلق بعده ونحو ذلك لأنه يتوقت ابتداؤه . ﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ أنه ﴿ لا يتوالى متعدده ﴾ لو طلقها أكثر من واحدة فإنها لا تقع الثانية تبعًا للأولى من دون تخلل رجعة بينهما أو عقد بل يقعان طلقة واحدة وسواء كانتا اثنتين أم أكثر ﴿بلفظ﴾ واحد نحو أنت طالق ثلاثاً ﴿ أو ألفاظ ﴾ نحو أنت طالق أنت طالق أنت طالق فإنه لايقع إلا طلقة واحدة لأن الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق فى الصورتين معا ﴿ أما الصورة الأولى ﴾ وهى أنت طالق ثلاثاً فالمذهب أنها واحدة وهو قول كثير من العلماء . وقد حكى ذلك الإمام عليه السلام فى البحر عن أبى موسى ورواية عن على عليه السلام وابن عباس، وطاووس وعطا وجابر بن زيد ، والإمام الهادى والقاسم والباقر والناصر والصادق واحمد بن عيسى وعبد الله بن موسى بن عبد الله ، ورواية عن زيد بن على وإليه ذهب جماعة من المتأخرين منهم ابن تيمية وابن القيم وجماعة من المحققين ﴿ وحجتهم ﴾ ماوقع فى حديث ابن عباس عن ركانة « أنه طلق امرأته ثلاثاً فى مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً فسأله النبى صلى الله عليه وآله وسلم كيف طلقتها فقال ثلاثاً فى مجلس فقال له صلى الله عليه وآله وسلم إنما تلك واحدة فارتجعها » أخرجه احمد وأبو يعلى وصححه وما روى طاووس عن ابن عباس قال : « كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب إن الناس قد استعجلوا فى أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم » رواه احمد ومسلم . وفى رواية عن طاووس « إن أبا الصهباء ـ وهو صهيب الهاشمى مولى ابن عباس ـ قال لابن عباس هات من هناتك ـ أى هات من الأشياء العلمية التى عندك ـ ألم يك طلاق الثلاث على عهد الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وأبى بكر واحدة قال قد كان ذلك فلما كان فى عهد عمر تتابع الناس فى الطلاق فأجازه عليهم » رواه مسلم ، وعن ابن عباس قال : « إذا قال أنت طالق ثلاثاً بفم

ـ أى بلفظ ـ واحد فهى واحدة » أخرجه أبو داود . هذا وقد انتحل القائلون بأنها ثلاث أجوبة كثيرة على حديث ابن عباس مسيرين إليها لمذاهب الأسلاف ، لا مختارين للحق والإنصاف ، وأبطلوا بذلك الرخصة الشرعيـة والرفق المقصود فى قوله تعالى : « لعل الله يحدث بعـد ذلك أمرا »[1] مع أن الحق أحق بالاتباع والتيسير خير من التنفير ، والائتلاف خير من الاختلاف ، كيف وقد أجمع الصحابة إلى السنة الثانيـة من خلافة عمر على أن الثلاث بلفظ واحد واحدة ولم ينقض هذا الإجماع بخلافه بل لايزال فى الأمة من يفتى ويعمل به قرناً بعد قرن إلى يومنا هذا .

﴿ وأما الصورة الثانيـة ﴾ وهى أنت طالق أنت طالق أنت طالق فقول الإمام الهادى وأحد قولى الناصر انها تـكون طلقة واحدة لأن الطلاق عندهما لا يتبع الطلاق إذ الثانى واقع على غير محله فلم يتصف لا بسنّة ولا ببدعة سواء كانت المطلقة مدخولاً بها أم لا فى مجلس واحد أم فى مجالس وهو المختار للمذهب .

﴿ فرع ﴾ وإذا قال أنت طالق أكثر الطلاق أو ملء الدور أو ملء الأرضين أوملء السموات بجمع المضاف إليـه فهو كما لو لم يجمع أو قال أعظم الطلاق أو ملء الأرض أوملء السماء أو ملء العالم أو نحو ذلك فإنه يقع طلقة واحدة فى الـكل ذكر معناه فى البيان .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أن الطلاق ﴿ لا تلحقه الإجازة ﴾ فلو طلق فضولى عن الزوج لم يصح من الزوج إجازة ذلك الطلاق ولو أجازه لأن الإجازة لا تلحق إلا العقود الصحيحة غالباً ولهذا لو خالع الفضولى عقداً لحقته الإجازة لا إذا كان شرطاً فلا تلحق الإجازة من غير عقد إلا الرجعة وقضاء الدين والقسمة وإجازة الإجازة فى البيع وفى القرض وإجازة الغبن وإجازة أحد الشريكين للآخر حيث استنفق أكثر منه وإجازة الوارث ما أوصى به الميت وإجازة قبض المبيع وإجازة السيد عتق مكاتبه والصدقة .

---

(١) الآية فى أول سورة الطلاق اه .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أن الطلاق لايتبعض ﴿ لكن[1] يتمم كسره ﴾ ولو تمليكاً أوتوكيلاً . والمعنى أنه لا يتجزأ كالرق والشفعة ، فإذا قال لامرأته أنت طالق نصف طلقة أو عشر طلقة أو جزءا من ألف جزء من طلقة أو ملكتك أو وكلتك على نصف طلقة أو نحو ذلك وقعت عليها طلقة تامة وكذا إن قال لأربع نسوة بينكن طلقة وقعت على كل واحدة طلقة طلقة. فإن قال بينكن طلقة ونصف وقع على كل واحدة تطليقة بدعية وعند من يقول بالتتابع طلقتان .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أن الطلاق ﴿ يسرى ﴾ فإذا وقع الطلاق على جزء منها مشاع ولو قل كالعشر أو دونه أو قال على جزء منها أو على بعض منها متصل بها عند الإيقاع والوقوع سرى إلى جميعها وكذا على عضو منها معيّن إذا كان متصلاً بها وسواء كان يعبر به عن الجملة كالعين والرأس ونحوها أم لا ولو من شعرها فلو قال عشرك طالق أو عينك طالق أو شعرك طالق أو يدك أو نحو ذلك طلقت جميعا . فإن قال إن دخلت الدار فيدك طالق فقطعت يدها أو شلت ثم دخلت لم تطلق ، فأما على ماهو مجاور لها كالريق والدمع والدم والعرق واللبن والحمل والبول فلا يقع لأنها فضلات منفصلات عنها، وكذا ماهو صفة لها كالسواد والبياض والصوت إلا أن يقول أسودك أو أبيضك طالق فتطلق لأن الطلاق هنا وقع على المحل وفى الأول على الصفة وهكذا ما هو معدوم فيها كاللحية والذكر ونحوها فلايقع، وكذا ماهو معنى كالطعم والذوق والشم ، وكذا الحياة فلا يقع بها لأنها كالقدرة والعلم معان تحل الزوجة ، وأما إذا أضاف الطلاق إلى روحها أو إلى نسمتها فإنه يقع .

﴿ فرع ﴾ فلو التحمت السن بعد قلعها والأذن بعد قطعها ثم أوقع الطلاق على أحدها وقع إذا اتصل المقطوع بالأصل اتصال حياة وإلا فلا .

(١) فيه تسامح إذ لايظهر للاستدراك وجه. وقيل هو استدراك من قوله ولا يتولى متعدده كما فى الفتح اه .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم السادس ﴾ أن الطلاق لا ﴿ ينسحب ﴾ أى لاينتفى ﴿ حكمه ﴾ بعد وقوعه ولا يبطل فإذا طلق بدعيًا ومذهبه أو مذهب من يقلده أو اعتقاده وقوع الطلاق البدعى ثم تغير اجتهاده أو انتقل إلى مذهب من يقول بعدم وقوعه قبل انقضاء المدة أو بعدها فإنه لاينسحب حكم الطلاق البدعى بعد وقوعه إلى بطلانه وعدم وقوعه عملاً بالمذهب الثانى لأن المذهب الأول بمنزلة الحكم فإذا طلق زوجتيه معًا طلاق بدعة وهو يرى وقوعه ثم تغير اجتهاده هو وإحدى المرأتين أو انتقل إلى مذهب الناصر أن البدعى لايقع فإنه لايثبت له عليهما معاً الرجوع إلى الزوجية بدون رجعة أو عقد عملاً بالمذهب الثانى ولا على التى تغير اجتهادها معه أو انتقلت إلى المذهب الثانى أيضاً فلا انسحاب حتى يعمل بالمذهب الثانى . وكذا لو كانت واحدة وتغير مذهبها إلى مثل ما تغير مذهب الزوج فلا يصح الرجوع بدون رجعة أو عقد باعتبار مذهبهما الآخر لأن الاجتهاد الأول بمنزلة الحكم . هذا ما ظهر باعتبار التصويب على لفظ الأزهار وهو المختار للمذهب . وأما إذا أبقينا الأزهار على ظاهره فنقول يلزم المرأة التى تغيّر اجتهادها مع الزوج حكم مذهب الزوجة التى لم يتغيّر مذهبها فقد انسحب الحكم باعتبار التزام المرأة التى لم تغيّر مذهبها مع الزوج إلى مذهب الزوجة التى لم يتغيّر مذهبها وهذا فى المعنى يلاقى التصويب لأن الحكم فيهما معاً هو العمل بالمذهب الأول لأنه كالحكم فلا انسحاب فى الحقيقة إلا على عكس هذه الصورة على خلاف المذهب . وهذا هو الذى فهمه الشارح ابن مفتاح رحمه الله وبنى عليه كما فى غيره . فلو كان مذهب الزوج مع إحداهما انسحاب الحكم وهو العمل بالاجتهاد الثانى دون الأول فإنه لايلزم ذلك المذهب المرأة الأخرى ولا ترجع به مع الزوج إلى مذهبه الآخر إلا بحكم حاكم يرى الحكم بالاجتهاد الثانى، على أن الناصر وإن كان يقول بعدم وقوع الطلاق البدعى لكنه يقول بأن المذهب الأول بمنزلة الحكم . نعم ولا يجوز لها أن تتزوج إلا بطلاق آخر على السنة أو بحكم حاكم هدوى يرى أن الاجتهاد الأول بمنزلة

الحكم . هذا إذا كان ثمة مشاجرة من الزوج لها فإن لم يكن ثمة مشاجرة منه جاز لها النكاح من دون طلاق ولا حكم ويكون صحيحاً إلا أنه معرض للفساد لو ترافعا من بعد إلى من يقول ببطلان المذهب الأول لتغير اجتهاد الزوج ويحكم بالتزام حكم المذهب الثانى ، وعلى حكمه ينسحب حكم الطلاق إلى المذهب الثانى ويلزمها ذلك بالحكم لا بمجرد تغير مذهب الزوج ، وعلى هذا فحق العبارة أن يقال « ولا يبطل حكمه إلا بحكم » .

﴿ و ﴾ ❁ السابع ❁ أن الطلاق ﴿ يدخله التشريك ﴾ مثاله أن يقول لإحدى زوجتيه أنت طالق ثم يقول للثانية وأنت يا فلانة مثلها أو معها أو شرّكتُكِ معها فيكون الطلاق فى الأولى صريحاً ، وفى الثانية كناية ولو كان معطوفا على أجنبية . فلو قال وأنت ولم يقل مثلها كان صريحا فيهما لأنه لا يحتمل فى الثانية إلا الطلاق كالأولى لتقدير الخبر المحذوف من جنس المذكور على حد قوله تعالى : « أُكلُها دائم وظلّها » .

﴿ و ﴾ ❁ الثامن ❁ أنه يدخله ﴿ التخيير ﴾ أيضاً فيقع به الطلاق على إحدى المخيرتين طلاقهما أو طلاقهن غير معينة ، مثاله أن يقول أنت يا فلانة أو فلانة طالق أو يقول أنت يا فلانة طالق أو فلانة أوفلانة فإن هذا كما لو قال إحداكما أو إحداكن طالق. وقد تقدم حكم ذلك أنه يرفع اللبس برجعة أو طلاق فى آخر فصل ١٦٨ .

وقوله ﴿ غالبا ﴾ احتراز من نحو أنت طالق أو لا بسكون الواو فإن هذا التخيير لا يدخله الطلاق بل يبطل به الطلاق لعدم الجزم به. أما لو قال أولا بتشديد الواو وكان ممن يعرف العربية فلا تطلق كمن قال أنت طالق أمس إلا أن يقول من أول أو فى أول فتطلق لأنه إقرار ، فإن قال أنت طالق واحدة أو لا فلا يقع به الطلاق أيضاً وإن كان يحتمل أنه خيّر بين واحدة وبين أكثر منها لاحتمال التخيير بين واحدة وعدمها ، وإذا احتمل الأمران فالأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يخير بين

زوجته وبين أجنبيه وقع الطلاق على زوجته كما لو خير بينها وبين الحجر ونحوها .

﴿ و ﴾ ﴿ التاسع ﴾ أن الطلاق ﴿ يتبعه الفسخ ﴾ ما دامت فى العدة من الطلاق ولو بائناً أو فى عدة فسخ والفسخ الآخر فسخ لعان فيثبت حكم الفسخ بعده وليس للزوج الرجعة بعد الفسخ ولو كانت فى عدة طلاق رجعى. مثال ذلك لو طلق الصغيرة بعد الدخول أو ما فى حكمه ثم بلغت فى المدة فلها الفسخ أو علمت بالعيب بعد الطلاق أو هو فله الفسخ أيضا ، وهكذا لو طلقها ثم رماها بالزنى فلا عنها فى العدة وطلبا الفسخ من الحاكم ففسخ وفائدة الفسخ بعده لو كان الطلاق رجعياً فيمنع الرجعة وأما فى عدة البائن فذلك لا يكون إلا بعد الدخول، وأما إذا طلق المعيبة قبل الدخول بعد التسمية الصحيحة ثم علم بالعيب بعد الطلاق فليس له الفسخ ليرجع عليها بنصف المهر الذى سلمه إليها بالطلاق إذ لا عدة عليها ولا يتبع الفسخ إلا فيها ولأنه قد رضى بإزالة ملكه لنصف المهر ﴿ لا العكس ﴾ وهو أن يقع فسخ ثم يطلق بعد الفسخ فإن الطلاق لا حكم له بعد الفسخ ولا يتبعه لأن الفسخ أقوى نفوذاً من الطلاق بدليل صحة الرجعة فى الطلاق دون الفسخ ففيه تأسيس عدم الرجعة فى الرجعى والرجوع بنصف المسمى إن كان بائناً قبل الدخول ، وأما كون الفسخ يتبع الطلاق ولا يتبع الطلاق الطلاق فالفارق الدليل حيث جعل الثلاث واحدة. « غالبا » احترازا من أن تسلم الزوجة الذمية دون زوجها فينفسخ النكاح بينهما وتبين بانقضاء العدة فإن طلقها فى عدة الفسخ وقع الطلاق[1] فإن تقارن الفسخ والطلاق أو التبس المتقدم منهما رجح الفسخ. وأما الفسخ فلا يتبع الفسخ إلا فسخ اللعان فإنه يتبع جميع الفسوخات ما دامت فى المدة وتحرم عليه بعده أبداً .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم العاشر ﴾ ﴿ يقع ﴾ الطلاق ﴿ المعقود على غرض ﴾ مقصود نحو أنت طالق على أن تدخلى الدار ولم يكن للدخول أجرة وإلا كان خلعا أو نحو ذلك ،

(١) كما ذكر ذلك فى النوع السادس مما ينفسخ به النكاح فى كتاب البيان اهـ

أو غير مقصود كتحريك الإصبع ونحوه فيقع ﴿بالقبول﴾ وهو قولها قبلت ﴿أو ما في حكمه﴾ وهو تقدم السؤال منها كطلقني على دخول الدار ونحوه أو الامتثال منها بأن تدخل الدار فيقع الطلاق رجعياً ولا يلزمها الدخول، فإن لم يقع قبول ولا تقدم سؤال منها ولا امتثال لم يقع الطلاق ، وإذا بعدت الدار عن المجلس فامتثالها نهوضها في المجلس قبل الإعراض فيقع الطلاق ولو تعذر دخولها الدار إما بموت أو خراب الدار . ولا بد أن يقع القبول أو ما في حكمه ﴿في المجلس قبل الإعراض﴾ منها بشيء يعدّ إعراضا كما مر ذكره ، فان كانت غائبة فيعتبر قبولها في مجلس بلوغها الخبر ومفهوم قول الإمام عليه السلام المعقود يحترز من المشروط فإنه لا يفتقر إلى القبول ولا يعتبر فيه المجلس وإنما يعتبر وقوع الشرط فقط كما مر ولو جاهلة أو ناسية .

﴿و﴾ ﴿من أحكام الطلاق﴾ أنه ﴿لا ينهدم﴾ منه بنكاح صحيح كما يأتي ويصيره كالمعدوم ﴿إلا ثلاثة﴾ فقط لا دونها فلا يهدمها الزوج الثاني ، ومهما كان الطلاق ثلاثا متخللات الرجعة انهدمت وصارت كأن لم تكن فإن عادت إلى الزوج الأول بعد زوج صارت كأن لم يكن قد طلقها شيئا فيملك عليها ثلاثا، أما لو لم يكن قد طلقها ثلاثا بل مرة أو مرتين فإنهما لا ينهدمان فإذا عادت إليه بعد زوج لم يملك عليها إلا توفية الثلاث وذلك أن الزوج الآخر إنما يهدم تحريم العقد عليها من الزوج الذي قبله ولا تحريم إلا بعد الثلاث فلا يهدم ما دونها لانتفاء العلة وهي تحريم العقد .

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ ينهدم ﴿شرطه﴾ أي شرط الطلاق.فلو قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق فإن هذا الشرط باق لا ينهدم ﴿إلا معها﴾ أي مع الثلاث الطلقات ﴿فينهدم﴾ بالشرط بها متى انهدمت الثلاث بنكاح صحيح كما يأتي . ﴿و﴾ لو كان الشرط بلفظ يقتضي التكرار نحو أن يأتي ﴿بكلما﴾ فعلى هذا لو قال أنت طالق كلما دخلت الدار ثم نجز طلقة لم تنحل الطلقة المشروطة إلا متى استوفى الثلاث ثم

عادت إليه بعد زوج ثم حصل شرط الطلاق وهو دخول الدار لم يقع عليها المشروط وهو الطلاق لأنه قد انهدم مع انهدام الثلاث .

﴿ و ﴾ الطلاق وشرطه ﴿ لا ينهدمان إلا بنكاح صحيح ﴾ لزوج آخر ولو عبداً فلو كان فاسداً لم يقع به التحليل عندنا والعبرة فى صحة النكاح الآخر بمذهب المرأة والزوج الآخر فإن اختلف مذهبهما فلا تحل للأول إلا بحكم حاكم بصحة النكاح بينهما ولا بد ﴿ مع ﴾ العقد الصحيح من ﴿ وطء ﴾ يقع من الزوج الثانى ﴿ فى قُبل ﴾ وأقله ما يوجب الغسل فى الثيب وفى البكر إذهاب البكارة وإن لم ينزل ولو كان الوطء وذكره ملفوف بخرقة فإن ذلك يقتضى الإحلال ولا يقع تحليل بدون ذلك . وإذا طلقها الثانى وأرادت النكاح بالأول وادعت أن الثانى وطئها وأنكر قبل قولها وحلت للأول ما لم يظن كذبها فلو أنكرت دخول الثانى بها وادعى هو وبين عليه لم تحل للأول لأجل ثبوت الرجعة ولا ينهدم الطلاق ولا شرطه بردة إلا أن تزوج المرتدة بمرتد يوافق نكاحها الإسلام اجتهاداً على قول أبى مضر ، ولا ينهدمان بالإسلام ولا بتجدد الرق عليهما أو على أحدهما ﴿ ولو ﴾ وقع الوطء ﴿ من ﴾ زوج ﴿ صغير ﴾ إذا طلق بعد البلوغ أو فسخ نكاحه منها نحو أن يعقد له بطفلة فترضعها الزوجة هذه المحللة أو يكون مملوكا فتملكه أو جزءاً منه كما يأتى فى لطيفة التحليل، وكان ﴿ مثله يطأ ﴾ كالمراهق وإن لم ينزل ولا بد أن تكون المرأة بالغة أو مثلها توطأ . ومن لطائف التحليل أن يشترى الزوج عبداً مراهقاً ثم تزوج المرأة المثلثة به ثم تستدخل ذكره وإن لم ينتشر ثم يهب الزوج العبد منها فينفسخ النكاح بملكها إياه وتعتدّ من وطئه عدة فسخ فى الصورتين وتحل لزوجها بهذه الرخصة الشرعية .

﴿ أو ﴾ وقع الوطء من زوج ﴿ مجبوب غير مستأصل ﴾ جب ذكره ــ بفتح الصاد ــ وذلك بأن يبقى منه قدر الحشفة فأدخلها جميعها صح التحليل وأما إذا لم يبق منه قدر ما فوق الختان وهى قدر الحشفة لم يصح منه التحليل ﴿ أو ﴾ وقع الوطء من

الزوج الآخر ﴿ فى ﴾ حال ﴿ الدمين ﴾ فالحيض ظاهر ، والنفاس حيث عقد له بها فى النفاس أو وطئت تحته بشبهة فعلقت فوضعت فوطئها فى نفاس الشبهة أو علقت باستدخالها منيّه ثم وضعت فوطئها فى النفاس. والمراد أن الوطء من الزوج الثانى وإن كان محرما كحال الدمين أو كانا صائمين أو محرمين فهو يقتضى التحليل للزوج الأول.

﴿ أو ﴾ دخل الزوج الآخر فى النكاح ﴿ مضمر التحليل ﴾ للأول لم يكن ذلك قادحاً فى صحة التحليل بل يصح ، وتقدُّم التواطئ فى حكم الإضمار . وأما إذا شرط عليه ذلك أو شرط على نفسه فبعد العقد لا يضر، وحاله على وجهين: «أحدهما» أن يقول أو يقول له الولى إذا أحللتها فلا نكاح فهذا كنكاح المتعة لأنه مؤقت فلا يصح. الوجه الثانى أن يقول أو يقول له الولى إذا أحللتها طلقتها فهذا لا يصح وعلى هذين الوجهين حملوا ما ورد عن ابن مسعود قال : « لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المحلِّل والمحلَّل له » رواه احمد والأربعة من حديث على عليه السلام وصححه السيوطى والترمذى والنسائى عن ابن مسعود والترمذى أيضاً عن جابر وقال حسن صحيح، وقال ابن حجر رواته ثقات ، وزاد فى « ضوء النهار » وصححه الأئمة كابن القطان وابن دقيق العيد من حديث ابن مسعود وحسنه البخارى من حديث أبى هريرة وصححه ابن السكن من حديث على ، وله طرق عديدة لها علل من حديث غير المذكورين ، وعن عقبة بن عامر قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ألا أخبركم بالتيس المستعار ، قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : هو المحلل لعن الله المحلل والمحلَّل له » رواه الحاكم وابن ماجه .

﴿ و ﴾ لو قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار فإنه ﴿ ينحل ﴾[1] هذا ﴿ الشرط ﴾ أى يبطل الطلاق المعلق به فلو راجعها ثم دخلت مرة أخرى لم تطلق

(١) فان قلت إن هذا الشرط قد تقدم فما فائدة التكرار؟ « قلت » فائدته ليذكر أنه ينحل الشرط إذا دخلت وهى مطلقة أومفسوخة. اه مفتى .

بالدخول لأنه قدانهدم، وبطل بوقوعه إذا كان ذلك الشرط ﴿ بغير كلما ﴾ لأنه لو كان الشرط بكلما اقتضى التكرار فلا ينحل الشرط بوقوعه مرة واحدة فإذا قال كلما دخلت الدار فأنت طالق فدخلت طلقت فإذا راجعها ثم دخلت طلقت الثانية ثم كذلك حتى تبين منه بالثالثة لأن كلما للتكرار بخلاف سائر آلات الشرط . قال ﴿ المؤيد بالله ومتى ﴾ مثل كلما فى اقتضائها للتكرار بخلاف سائر آلات الشرط وقد مر بيان المختار[1] فى ذلك إن متى لاتقتضى التكرار فينحل الشرط ﴿ بوقوعه ﴾ ولو ﴿ مرة ﴾ واحدة مهما كان بغير كلما ﴿ ولو ﴾ كانت عند وقوع الشرط ﴿ مطلقة ﴾ أو مفسوخة أو مزوّجة نحو أن يقول لزوجته إذا دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها طلاقاً ناجزاً أو فسخها فدخلت الدار وهى مطلقة أو مفسوخة منه أو مزوّجة بغيره انحل ذلك الشرط فلو راجعها بعد الطلاق الناجز ونحوه وقد دخلت لم تطلق إذا دخلت من بعد لأن الشرط قد انحل بعد دخولها قبل مراجعتها .

﴿١٧٦﴾ باب العدة

العدة بزنة فعلة بكسر الفاء كشدّة وسدرة . وفعله فى الأصل موضوع بالنوع للنوع كحلسة وركبة ثم سمى به الجماعة المعدودة قال الله تعالى : « ان عدّة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً » وقال « فعدة من أيام أخر » وكأنه لم يلحظ فى هذا معنى النوعية كما يقال عندى عدة من الرجال . وعدة النساء تحتمل الأول لأنها اسم للحالة التى تكون عليها المرأة عنداستبراء رحمها بالولادة أو الأقراء أوالأشهر وتحتمل الثانى لأنها كعدة الرجال التى أمرالله أن تطلق النساء فيها فهى اسم للأيام المخصوصة كماقال تعالى مشيراً إلى المدتين : « فطلقوهن لعدتّهن وأحصوا العدة » أى المدة من الابتداء

---

(١) فى آخر فصل ١٦٦ فى شرح قوله (ولا يقتضى التكرار إلا كلما) اه .

إلى الانتهاء فالثانية غير الأولى لتعقبها بقوله : « لاتخرجوهن من بيوتهن » لأن الأولى عدة إيقاع الطلاق والثانية عدة وقوع الطلاق، وربما يقال إن المدة الأولى فى الآية ترجع فى التحقيق إلى المعنى الأول لأنها اسم للأيام المخصوصة المنصوصة ، وكلام المصباح يلتفت إلى المعنيين ونصه « قيل هى لأيام أقرائها مأخوذ من العدد والحساب، وقيل لأيام تربصها المدة الواجبة عليها » وفى شرح الأزهار: العدة فى الشرع اسم المدة تتربّص فيها المرأة ولا يحل نكاحها إلا بعد انقضائها. فالعدة الشرعية المضافة إلى النساء ﴿ هى ﴾ على ثلاثة أقسام ﴿ إما عن طلاق ﴾ أو عن موت أو عن فسخ وما عداها فاستبراء، ولكل واحد منها أحكام كما ستعرف ذلك مفصلاً :

﴿ القسم الأول ﴾ إذا كانت عن طلاق ﴿ فلا تجب ﴾ العدة ﴿ إلا بعد دخول ﴾ بالزوجة وهو الوطء وأقله فى حق الثيب ما يوجب الغسل وفى البكر لا بد من إذهاب البكارة وسواء كانت كبيرة أم صغيرة تصلح للجماع أم لا، وسواء كان النكاح صحيحاً أم فاسداً ﴿ أو ﴾ لم يقع دخول بل كانت بعد ﴿ خلوة ﴾ لها فهى تقوم مقام الدخول فى إيجاب العدة عليها إذا وقعت ﴿ بلا مانع ﴾ حقيقى ﴿ عقلى ﴾ وهو الذى لا يمكن معه الوطء كالرتق والجب من الأصل وطفولة بأيهما فيعتبر خلو ذلك منهما معاً، لا لو كان المانع عقلياً غير حقيقى كالجذام أو البرص أو الجنون أو السل أو العُنّة ونحو ذلك مما يمكن معه الوطء فتجب معه فى الخلوة العدة بعد الطلاق ، وكذا المانع الشرعى كأن يكونا صائمين أو محرمين أو فى مسجد أو حضر معهما غيرهما فإن العدة تجب ولا يضر ذلك المانع . ﴿ ولو ﴾ وقع الوطء أو الخلوة ﴿ من ﴾ زوج ﴿ صغير ﴾ لم يبلغ الحلم وطلقها بعد أن بلغ إذا كان فى حالة ﴿ مثله يطأ ﴾ فيها ـ كالمراهق ـ وجبت العدة لإمكان الوطء منه .

﴿ فرع ﴾ ومن وجبت عليها العدة فى ظاهر الشرع لأجل الخلوة وتيقنت

أوظنّت أن زوجها لم يطأها فإنها لا تجب عليها العدة فيما بينها وبين الله تعالى وإنما ذلك في ظاهر الحكم، ولا يجوز لها أخذ النفقة أيضاً وسواء كانت الخلوة صحيحة أم فاسدة أما لو وطئها في دبرها لزمتها العدة ظاهراً وباطناً، وأما إذا أخذت ماءه فاستدخلته فرجها فلا تلزمها العدة لو طلقها بعد ذلك لظاهر قوله تعالى « من قبل أن تمسوهن » وهذا ليس بسيس إلا أنها إذا حملت من ذلك وكان عن وطء لغيرها وصادقها لحق نسب الولد به ولا يقتضي تحريم المصاهرة في الفروع لأنه ليس من المقدمات . ويرد في المعاياة : أين رجل تزوج امرأة وحملت منه بولد ولحق نسبه ثم طلقها ولم تجب عليها عدة ولا لزمت لها نفقة ولا حرم عليه فروعها . فيجاب عليه بهذا .

واعلم أن المطلقة المعتدة على ستة أحوال : إما حامل ، أو حائل ، ذات حيض ، أومنقطعة ، أو آيسة، أو ضهياء ، أو صغيرة : ﴿ فالحامل ﴾ إذا طلقت انقضت عدتها ﴿ بوضع جميعه ﴾ أي جميع حملها إذا كان لاحقاً بالزوج ولو من وطء شبهة قبل هذا النكاح نحو أن يعقد بها وهي حامل منه لشبهة ثم خلا بها وطلقها ووضعت الحمل ولو من غير الفرج انقضت عدتها به مهما لحق به ولو لم يكن من وطء الزوجية ، وإنما تنقضي عدة الحامل بالوضع بشرط أن تضعه ﴿ متخلقاً ﴾ ـ منه ولاحقاً به ـ أي وقد بان فيه أثر الخلقة ولو من غير خلقة آدمي فإن لم يلحق نسبه بالزوج أو لم يكن قد تخلق فعدتها بالأقراء من بعد ذلك ﴿ غالباً ﴾ احترازاً ممن تزوجت في العدة جهلاً فأتت بولد لدون ستة أشهر من دخول الثاني ولأربع سنين فما دون من طلاق الأول فلا تنقضي العدة به مع أنه لاحق بالأول وإن كان الحمل توأمين أو أكثر فلا تنقضي عدتها إلا بوضع الآخر متخلقاً ، ولا يكفي تخلق الأول كما هو ظاهر الأزهار .

﴿ فرع ﴾[1] ومدة النفاس ليست من العدة ولا نفقة ولا غيرها لها في تلك المدة إذ قد انقضت عدتها بوضع جميع ذلك الحمل فيجوز للزوج الآخر أن يعقد عليها ولو

(١) يستفاد مع المسألة التي بعده من البيان أول العدة اه .

قبل أن تغتسل من ذلك النفاس ولا يطأ إلا بعده كما لو عقد بها حائضاً وليس للزوج الأول مراجعتها لو كان الطلاق رجعيا بعد وضع جميع الحمل ولو قبل انقضاء مدة النفاس .

﴿ مسئلة ﴾ ومن قال إذا ولدت فأنت طالق ثم ولدت لم تمتد بوضع ذلك الحمل ولا بدم النفاس بل بثلاثة أقراء من بعده ، وأقل ماتنقضى فيه عدتها تسعة وثلاثون يومًا لأن عشراً طهراً من بعد النفاس وتسعة وعشرين أقل المدة وهكذا إذا لم يكن الحمل لاحقًا بالزوج .

﴿ و ﴾ أما المطلقة ﴿ الحائض ﴾ أى من كانت من ذوات الحيض ولو مجنونة فإنها تمتد ﴿ بثلاث ﴾ حيض وهى الأقراء التى فى قوله تعالى : « يتربّصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ﴿ غير ما طلقت ﴾ وهى ﴿ فيها ﴾ وغير ما علمت وهى فيها من الحيض فلا تمتد بها إلا بعد حيضة. والمعتبر ثلاث حيض كاملة بل تمتد بما يحصل بعد ذلك ﴿ أو وقعت ﴾ الحيض أو الحمل أو الأشهر وهى ﴿ تحت زوج ﴾ آخر قد تزوّجها أو نحوه كالسيدووطئها[1] فى القبل وهى فى المدة ﴿ جهلا ﴾ منهما معا بتحريم ذلك، فما وقع من الحيض تحته مع الجهل وبعد الدخول لا عبرة به ولا تحسبه من حيض المدة من الزوج الأول ولو حاضت مراراً كثيرة بشرط استمرار الجهل . فلو علما أو أحدهما فزنا إذا وطئ بعد ذلك ولا يقطع حكم المدة ، قال فى حاشية السحولى « أما ما جاء من الحيض تحت زوج النكاح الباطل بعد العلم ببطلان النكاح فلعلها تنقضى به المدة حيث حاضت قدر المدة أو تمامها بعد أن مضى عليها بعد العلم بالبطلان قدر الاستبراء » وهكذا لو تزوّجت المرأة أزواجًا عدة واستكملت عدتها من كل واحد منهم بعد طلاقه إلا الأول إذا تزوّجت فى عدتها منه فإنها لاتمتد عنه بما حصل معهم من الحيض والمدد فتستبرئ من الآخر وتبتدئ المدة عن طلاق الأول أو تستكملها ثم بعد انقضاء

(١) فان لم يدخل بها انقضت عدتها اه ديباج .

عدتها من الأول تزوج من شاءت ، وأما مدة الاستبراء من الأزواج الآخرين غير الأول فإنها تتداخل إن لم تكن تزوجت على من بعد كل واحد قبل استكمال عدتها منه ، وكالحيض الحمل والأشهر لو طلقت وهى حامل أو حملت من الزوج الأول أو كانت عدتها بالأشهر لصغر أو لموت أو غيرهما ثم تزوّجت قبل أن تضع الحمل أو تنقضى الأشهر فوضعت ذلك الحمل أو حملت من الآخر فوضعت أو مضت الأشهر تحت الآخر فلا حكم لذلك فى انقضاء عدتها به من الأول بل تعتد للأول بعد عدة الآخر بحيض أو أشهر ولا نفقة لها فى ذلك على أحد من الأزواج .

﴿ فإن انقطع ﴾ حيضها بعد ثبوته ولو مرة واحدة ﴿ ولو من قبل ﴾ الطلاق ﴿ تربصت ﴾ أى ليس لها أن تعتد بالأشهر لانقطاعه، وسواء كان العارض المانع من الحيض معروفاً كالمرض والرضاع ونحوهما أو غير معروف فتنتظر الحيض ﴿ حتى يعود ﴾ الحيض ﴿ فتبنى ﴾ على ما قد حاضته بعد الطلاق ان كانت قد حاضت ولا تستأنف ولا تبتدئ حيث لم يكن قد حاضت بعد الطلاق ﴿أو﴾ لم يعد الحيض فتنتظر حتى ﴿ تيأس ﴾[1] من رجوع الحيض وذلك بأن يبلغ عمرها ستين سنة تحديداً ،

---

(١) قال العلامة شيخ الإسلام محمد بن على الشوكانى رحمه الله فى السيل الجرار : قوله (فان انقطع ولو من قبل تربصت حتى يعود فتبنى أو تيأس) أقول هذه المسألة، قد اضطربت فيها الأقوال وتفرقت فيها المذاهب . وسبب ذلك أن الله سبحانه بين فى كتابه العزيز أقسام المعتدات فجعلهن أربعاً : الحامل ، والحائض ، والتى لم تحض أصلا ، والآيسة ، وهذه التى انقطع حيضها لعارض ليس واحدة منهن ولم يثبت فى السنة المطهرة مايدل على هذه المسألة وكل مسألة لم يوجد عليها النص أو الظاهر فى الكتاب ولا فى السنه كانت عرضة لآراء الرجال وموطناً لاختلاف الأقوال .

وقد حاول بعض أهل العلم إدراج هذه تحت الآيسة فلم يصب فان معنى الإياس من الحيض لم يحصل لهذه لأنه انقطع حيضها وهى فى وقت إمكانه فان قدرنا أنه حصل لها الإياس من عود الحيض فهى آيسة ولكن حصول الإياس لها بعيد جداً فان أسباب انقطاع الحيض كثيرة كما صرح بذلك الحكماء فى تصانيفهم فى العلل وأسبابها .

والحاصل أن الاياس إن كان كما ذكره كثير من المحققين أنه هو المقابل للرجاء والطمع كان المعتبر =

فإذا أيست عن رجوع الحيض ببلوغ هـذه المدة ﴿ فتستأنف العدة بالأشهر ﴾ وهى ثلاثة أشهر ولا تبنى الأشهر التى تعتد بها بعد الإياس على ما قد مضى من الحيض إذا

= فى حق هذه هو عدم وجود الرجاء منها لرجوع الحيض وعدم طمعها فى عوده فاذا حصل لها ذلك كانت مندرجة تحت قوله تعالى : (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر) ، وأما إذا كان الياس هو القطع بعدم العود فلا تندرج تحت هذه الآيسات إلا بعد حصول القطع لها بعدم معاودة الحيض ، والموجود فى كتب اللغة أن اليأس القنوط فان تقرر ثبوت حقيقة شرعية لليأس كانت مقدمة وإن لم يتقرر ذلك كان الرجوع إلى المعنى اللغوى وهو المتوجه. ولايقدح فى وجوب الرجوع إلى المعنى اللغوى ورود استعمال الكتاب والسنة لليأس بمعنى عدم مجرد الطمع فى الحال فان ذلك يكون مجازاً أما إذا كثر الاستعمال بحيث صار مقيداً لكونه الحقيقة الشرعية فهو مقدم كما تقدم .

وإذا عرفت هذا فهاهنا بحث آخر ينبغى أن تمعن النظر فيه وتتدبره : وهو أن هـذه التى انقطع حيضها قبل عـدتها أو حال عدتها مندرجة تحت قوله : (واللائى لم يحضن) فانه يصدق عليها عند هذا الانقطاع أنها من اللاء لم يحضن فتكون عدتها كعدتهن وليس فى الآية مايدل على أن المراد أنهن لم يحضن أصلا ، بل المراد عـدم وجود الحيض عند العدة كما تقول من لم يأتك من الرجال فلا تعطه فليس المراد إلا عدم إتيانه إليـه حال العطاء لاعدم إتيانه إليه دائما بحيث لو كان قد أتاه مرة فى عمره لـكان مستحقاً للعطاء .

وقد وقع الاتفاق على أن الصغيرة التى لم تبلغ سن التكليف هى من اللائى لم يحضن ومعلوم أنه لايراد عدم حيضها فى جميع الأزمنة ماضيها ومستقبلها للقطع بأنها إذا بلغت وحاضت لم يكن ذلك مبطلا لعدتها التى اعتدتها حال صغرها بالأشهر .

ومعلوم أيضاً أن المرأة إذا حاضت مرة واحدة يصدق عليها أنها حاضت فاذا تخلف عنها الحيض يصدق عليها أنها لم تحض . وإذا عرفت هذا علمت أن المرأة إذا وجبت عليها العدة وحيضها منقطع لعارض فهى من اللاء لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر كعدة اللاء لم يحضن فان انكشف أن ذلك الانقطاع للحمل فعـدتها تنقضى بوضعه ، وإن استمر الانقطاع ولم يكن سببه الحمل حتى مضت عليها ثلاثة أشهر فقد انقضت عدتها بالأشهر الثلاثة فان عاد حيضها قبل مضى الثلاثة الأشهر كشف ذلك أنها حائض وهى باقيـة فى العدة فتستأنف العـدة بالحيض على أنه لو قيل أنها تحتسب بما قد مضى من الأشهر وتجعل كل شهر فى مقابل حيضة فاذا عاد عليها الحيض وقد مضى عليها شهران اكتفت بحيضة لم يكن هذا بعيداً من الصواب وأي مانع منه؟ فانها امرأة أدركتها عدتها وهى غـير حائض فاعتدت بالأشهر كما أمر الله سبحانه اللائى لم يحضن وإذا عادت عليها الحيضة صارت من =

كانت قد حاضت مرة أو مرتين بعد الطلاق بل تستأنف عدتها بالأشهر ﴿ ولو دمت فيها ﴾ أي في هذه الأشهر فلا تعتد بهذا الدم لأنه ليس بحيض وإنما هو دم علة أو فساد لمجيئه بعد الاياس ، ولها مدة التربص النفقة ويثبت بينهما التوارث إذا كان الطلاق رجعياً .

﴿ فإن ﴾ انقطع حيضها لعارض فتربصت إلى أن غلب في ظنها أنها قد بلغت مدة الإياس ثم ﴿ انكشفت حاملاً بالوضع ﴾ تعتد على أن الحمل بعد مدة الاياس متعذر إلا أن تأتي به لأربع سنين إلا يوما بعد الإياس فيعلم أنها حملت به في آخر يوم من الستين . وإنما تكون عدتها بوضع هذا الحمل ﴿ إن لحق ﴾ الولد بزوجها الذي اعتدت

= النساء الحيض فكملت عدتها بالحيض . وهذا وإن بعد فهمه ونبا عن أذهان المقلدين فله وجه صحيح وتوجيه صبيح .

وبعد هذا كله فاعلم أن هذا التعسير الشديد الذي أوجبوه على هذه المرأة من أنها تنتظر إذا لم يعد إليها الحيض إلى أن تيأس من عوده وذلك ببلوغها سن الإياس فيه مخالفة عظيمة لهذه الشريعة المطهرة التي جاءت بالتيسير دون التعسير وبالتبشير دون التنفير ، فإن المرأة إذا انقطع حيضها وهي شابة وانتظرت حتى تكون عجوزاً كان في ذلك من التعسير عليها والمضارة لها مالايجوز نسبته إلى هذه الشريعة المطهرة السمحة السهلة فإنها تصير ممنوعة من الأزواج طول عمرها ، وإذا كانت ممن تجب نفقتها على زوجها الذي طلقها كان في ذلك من التشديد عليه والتغريم له مالايبيحه الشرع فإنه صار ينفق ماله على امرأة قد أخرجها من نكاحه ما دامت غير عجوز ، وربما يمضي عليها من السنين العدد الكثير والدهر الطويل فإن من النساء من لايفارقها الحيض إلا في ستين سنة فما زاد عليها . فهل سمعت أذنك بأشد من هذا التشريع على هذه المسكينة وزوجها المسكين ؟! ! مع أن الله سبحانه قيد ما شرعه لعباده بالاستطاعة فقال (فاتقوا الله ما استطعتم) ، وقال الصادق المصدوق صلى الله عليه وآله وسلم : « إذا أمرتم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » انتهى .

نعم ولا غرو إن أسهب في الكلام العلامة الشوكاني كما لا تثريب عليه عند غير المقلدين الجامدين فقد قال قبله العلامة ابن رشد في كتابه : « بداية المجتهد ونهاية المقتصد » في باب العدة بعد أن بين قول الجمهور في المسئلة هذه ، وهي أن تنتظر المرأة الحيض حتى تدخل في السن الذي تيأس فيه من الحيض وحينئذ تعتد بالأشهر « وهذا الرأي فيه عسر وحرج ، ولو قيل أنها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيداً » اهـ .

منـه وهو يلحق به إذا كان الطلاق رجعياً وأمكن الوطء فيه سـواء أتت به لدون أربع سـنين أم أكثر أم كان بائناً وتأتى لأربع سـنين فدون من يوم الطلاق .
﴿ وإ ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يلحق بالزوج المطلق بأن لا يكون الوطء ممكنا فى الطلاق الرجعى من يومه أو تأتى به فى الطلاق البائن لفوق أربع سنين ﴿ استأنفت ﴾ العدة بغير وضع الحمل لأنه ليس من الزوج بل تعتد بالحيض إذا أتى حيض ولم يكن قد تيقنت بلوغها الستين فإن أتى بعد تيقنها اعتدت بالأشهر كما هى عدة الآيسة ولا عمل على مارأت من الدم بعدها .

﴿و﴾ أما عدة ﴿الضهياء[1]﴾ وهى التى بلغت بغير الحيض ولم تكن قد حاضت أصلا من بعد البلوغ إلى ان طلقت فعدتها هى ﴿ والصغيرة ﴾ التى تـكن قد بلغت سواء ، وذلك ﴿ بالأشهر ﴾ وهى ثلاثة أشهر على ماتهل كالآيسة لـكبر سنها فان وقع الطلاق فى أول الشهر فعلى الأهلة وإن كان بعض الشهور التى تمر عليها ناقصاً فإن وقع الطلاق فى بعض الشهر أكملت هذا الشهر من أول الشهر الرابع ثلاثين يوما والشهر الثانى والثالث على حسب رؤية الهلال ولو كان فيهما نقصان .

﴿فرع﴾ قال فى البيان وإذا ادعت المطلقة أنها آيسة وقد انقضت عدتها بالأشهر فإن ناكرها زوجها فى مضى الأشهر فعليها البينة . وإن ناكرها فى الإياس فان كان الإياس لصغر فالقول قولها إذ هو الأصـل وإن كان لـكبر فعليه البينـة ببلوغها مدة الإياس .

﴿ فإن بلغت ﴾ الصغيرة ولو بغير الحيض ولـكنها رأت دمه أو حاضت الضهياء ﴿ فيها ﴾ أى فى مدة الاعتداد بالأشهر ﴿ فبالحيض استأنفت به ﴾ العدة فتعتد بثلاث حيض ولا تعتـد بما مضى من الشهور ولو رأت الدم قبل إتمام آخر يوم من الأشهر فإنها تستأنف العدة بالحيض إذا تم حيضاً . ﴿ وإ ﴾ ن ﴿ لا ﴾ تبلغ بالحيض بل بالسنين أو الانبات أو الحبل أو الاحتلام ﴿ بنت ﴾ على ماقد مضى من الشهور وتستكمل عدتها

(١) سميت الضهياء لأنها ضاهت : أى شابهت الرجال لـكونها لا تحيض .

ولاعبرة ببلوغها فى المدة بغير الحيض .

﴿ والمستحاضة ﴾ وهى التى أطبق عليها الدم من بعد الطلاق أو من قبله واستمر ﴿ الذاكرة لوقتها ﴾ وعددها بأن يحصل لها تميز الحيض من الطهر من جهة عادتها حيث تكون معتادة أو بالرجوع إلى عادة قرابتها من قبل أبيها إن كانت مبتدأة كما مر فى باب الحيض فى فصل ٣١ فتعمل بذلك حتى يحصل لها كمال المدة فان كانت ذاكرة للوقت دون العدد فالواجب عليها أن ﴿ تحرى ﴾ للعدة فى وقت الحيض ووقت الطهر ﴿ كالصلاة ﴾ يعنى كما تتحرى للصلاة فتجعل حيضها فى وقته وفى كل وقت يمر عليها موافقاً لعادة حيضها تحسب فيه حيضة ولا يضرها جهل العدد وتتحرى فى الحيضة الأخيرة فتجعلها عشراً وذلك أكثر الحيض ، ولها فى جميع العشر النفقة والكسوة وله مراجعتها فيها لأن الأصل عدم مضى العدة فإذا مضت العشر علم انقضاء العدة . ﴿وإ﴾ ن ﴿لا﴾ تكن ذاكرة لوقتها ﴿تربصت﴾ لمعرفتها مدة الحيض من الطهر إلى مدة الإياس ببلوغ الستين فتعتد بالأشهر ولافرق بين أن يمكنها التحرى حيث كانت معتادة أم لا . وأما إذا كانت مبتدأة فترجع إلى عادتها من قبل أبيها .

﴿١٧٧﴾ ﴿ فصل ﴾

فى أحكام عدة الطلاق الرجعى والبائن والفرق بينهما ومخالفة أحدهما الآخر :

﴿ و ﴾ اعلم أنه يثبت ﴿ فى عدة ﴾ الطلاق ﴿ الرجعى ﴾ أحد عشر حكما : ﴿ الأول ﴾ ﴿ الرجعة[1] ﴾ يعنى أن لزوجها قبل انقضاء العدة مراجعتها باللفظ أو بغيره من مقدمات الوطء بخلاف البائن فلارجعة إلا بتجديد نكاح ﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ ﴿ الارث ﴾ يعنى أن من مات من الزوجين فى عدة الرجعى ورثه الآخر ولو مات

---

(١) الرجعة ـ بفتح الراء وكسرها ـ عود المطلق إلى مطلقته حكاه فى الضياء والقاموس . قال فى شمس العلوم والفتح أفصح . قلت : عند الجوهرى، والكسر أكثر عند الأزهرى.وهى لغة المرة من الرجوع ، وشرعا الرد إلى نكاح فى عدة طلاق غير بائن على وجه مخصوص اهـ .

الزوج بعد انقضاء الحيضة الأخيرة وقبل أن تغتسل منها أو تيمم أو يمضى آخر وقت صلاة اضطرارى تأخيراً فإنها ترثه لا بعد أحدهما فلا إرث وكذا المرأة لو ماتت قبل أحدهما فإن الزوج يرثها كما ترثه فإن تقارن الموت وانقضاء عدة المرأة فلا توارث بينهما وأما عدة البائن فلا توارث فيها بينهما .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ جواز ﴿ الخروج ﴾ من دار عدتها ﴿ بإذنه ﴾ يعنى بإذن الزوج وسواء أذن لها بالخروج ليلا أو نهاراً إلى داره أو إلى دار غيره لعذر أو لغير عذر، بخلاف من هى فى عدة البائن فلا يجوز لها الخروج ولو أذن لها الزوج إلا لعذر كما يأتى لأن الحق لله تعالى وللزوج فإن رضى الزوج بإسقاط حقه لم يسقط حق الله تعالى، فإن خرجت ولو بإذنه أثمت ولم يسقط حقها من النفقة والكسوة .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ يندب للمطلقة ﴿ التزين ﴾ فى عدة الرجعى وذلك بأن تلبس ثياب الزينة من حلل وحلى وتستعمل الطيب مع حسن الهيئة فى ذلك بخلاف المعتدة عن طلاق بائن فلا يجوز لها ذلك بل يجب عليها الاحداد كما يأتى .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أنه يجوز للمعتدة ولو عن نكاح فاسد بعد أن تتزين بتلك الهيئة المتقدمة ﴿ التعرض لداعى الرجعة ﴾ كأن تقف فى موضع يراها فيه زوجها مع حسن الحديث ورشاقة المشى ونحو ذلك من الأفعال التى تتوق إليها الطباع وتحرك شهوة الجماع لعل زوجها يراجعها ولو غلب فى ظنها أنه لا يراجعها فإنه يجوز لها ذلك لأن أحكام النكاح بينهما باقية، ولهذا لو وطئها أو فعل أى مقدمات الوطء كاللمس أو التقبيل لشهوة كان رجعة كما يأتى مالم يكن الطلاق واجبا فلا يجوز لها التعرض لداعى الرجعة ولا يجوز لأيهما النظر إلى الآخر مهما كان الزوج مضرباً عن مراجعتها وعليه أن يؤذنها عند دخول البيت بخلاف عدة البائن فلا يجوز لها التعرض له بحال لانقطاع أحكام النكاح بينهما .

﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ لزوم ﴿ الانتقال ﴾ عليها من عدة الطلاق الرجعى ﴿ إلى عدة الوفاة ﴾

لو مات زوجها قبل أن تستكمل العدة أو بعد انقضائها قبل أن تغتسل كما مر فى الحكم الثانى ، فإذا مات زوجها قبل ذلك استأنفت عدة أخرى للوفاة من يوم العلم فى العاقلة الحائل أو من يوم الموت فى الصغيرة أو الحامل ولاتبنى على ماقد مضى من عدة الطلاق بل تستأنف أربعة أشهر وعشراً بخلاف عدة البائن فإنها إلى عدة الوفاة .

﴿و﴾ ﴿السابع﴾ وجوب ﴿الاستئناف﴾ بعدة أخرى ﴿لو راجع﴾ واو باللفظ قبل انقضاء العدة ﴿ثم طلق﴾ أو فسخ بعد أن راجع وجب عليها أن تستأنف عدة أخرى من يوم الطلاق أو الفسخ أو يوم العلم به ولاتبنى على ماقد مضى من العدة قبل الرجعة لأن الطلاق الأول قد بطل بالرجعة ولو لم يدخل بها وصار الحكم للطلاق الآخر ، بخلاف المعتدة عن طلاق بائن بينونة صغرى فإذا عقد بها زوجها قبل إتمامها للعدة الأولى ثم طلقها أو حصل فسخ قبل الدخول بها لم يلزمها استئناف العدة بل تبنى على ما قد مضى من العدة فى الطلاق الأول ولوكان الباقى شيئاً يسيراً نحو أن يعقد عليها ولم يبق من العدة غير يوم أو نحوه ثم لبث عنده مدة وطلقها قبل أن يدخل بها فتتم اليوم فقط فإن وطئ أو خلا بها خلوة توجب العدة ثم طلق أو فسخ أو مات قبل الطلاق وجب الاستئناف .

﴿فرع﴾ قال فى حاشية السحولى ما معناه : وإذا خالع الحامل ثم عقد بها فولدت تحته ثم طلقها قبل الدخول بها استأنفت العدة بالحيض ولا تنقضى العدة بوضع ذلك الحمل تحت ذلك الزوج وهكذا فى شرح النجرى .

﴿ و ﴾ ﴿الثامن﴾ أن على الزوج ﴿ وجوب السُّكْنَى ﴾ لزوجته فى عدة الرجعة وهى أحق من الغرماء بسكنى داره إذا أفلس فإن كانت فى دارها بإذنه أو كان عليها أوعلى أهلها غضاضة بالخروج منه إلى بيته اعتدت فى بيتها والكراء عليه ، بخلاف البائنة فلا سكنى لها ــ فى عدتها ــ على مطلقها .

﴿ فرع ﴾ فإن كان الزوج مضرباً عن مراجعتها ولا يملك إلا منزلاً واحداً لزمه أن يستأجر لها فإن لم يجد جاز الوقوف معها ولو خشي الضرر ووجب غض البصر.

﴿ و ﴾ ﴿ التاسع ﴾ ﴿ تحريم الأخت ﴾ ونحوها يعني أخت الزوجة المطلقة رجعياً ونحو الأخت كل من يحرم على الزوج الجمع بينها وبين زوجته كالعمة أو الخالة حتى تنقضي العدة بخلاف البائنة فإنه يجوز له نكاح أختها في عدتها .

﴿ و ﴾ ﴿ العاشر ﴾ تحريم ﴿ الخامسة ﴾ على الزوج قبل أن تنقضي عده الأربع أو الرابعة من زوجاته لو طلق رجعياً وكان له أربع زوجات لأن المطلقة منهن باقية زوجة له مهما كانت في العدة فلا يجوز له أن يتزوج قبل انقضاء العدة بخلاف البائنة من أربع فإنه يجوز له نكاح الخامسة قبل انقضاء عدة الرابعة .

﴿ والحكم الحادي عشر ﴾ إدخال « الأمة على الحرة » فلا يجوز إذا كانت مطلقة رجعياً ويجوز إذا كانت بائناً .

﴿ و ﴾ ﴿ أما أحكام عدة الطلاق البائن ﴾ فهي ﴿ العكس ﴾ من الأحكام المتقدم ذكرها في عدة الرجعي فيثبت عكس ذلك ﴿ في ﴾ عدة الطلاق ﴿ البائن ﴾ فلا تثبت له الرجعة على المطلقة بائناً وسواء في ذلك البينونة في المخالعة وغيرها وسواء كان الخلع بلفظه أم بلفظ الطلاق . ولا ترثه لو مات بعد أن طلقها بائناً ولا يرثها لو ماتت قبل انقضاء العدة ، وسواء طلقها في حال صحته أم مرضه المخوف وسواء سألته الطلاق في حال المرض أم طلقها من دون سؤالها ولو قصد بذلك حرمانها إرثها وقد باء بإثمه ولا يجوز لها التزين كالمطلقة رجعيا بل يلزمها الإحداد كما يأتي قريبا ولا تستأنف العدة لو راجع بالعقد ثم طلق قبل الدخول أو فسخ بل تبني على ما قد مضى قبل هذا العقد الجديد فتبني على عدتها الأولى ويجب لها نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول إن سمي ولا تعتد بما حصل من الحيض ووضع الحمل تحت الزوج بعد العقد الجديد ولا سكنى في عدة البائن بخلاف الكسوة والنفقة ولا يجوز لها الخروج وإن أذن

ولا تحرم عليه أختها ونحوها ولا الخامسة . ويجوز إدخال الأمة على الحرة فى الطلاق البائن. فهذه أحكام عدة الطلاق البائن عكس عدة الطلاق الرجعى كما عرفت .

﴿ وأما ﴾ العدة ﴿ عن وفاة فبأربعة أشهر وعشر ﴾ ليال مع الأيام من الوقت إلى الوقت بعد الأربعة الأشهر ﴿ كيف كانا ﴾ سواء كانا صغيرين أم كبيرين أم أحدهما ولو طفلاً أو حملاً ومات الموجود منهما قبل وضع الآخر فإنه يثبت التوارث وتجب عليها العدة من يوم وفاته ولو قبل وضع أمها لها لأن أحكام الزوجية ثابتة بينهما وهى حمل وإنما العقد موقوف مجاز ولا فرق فى الاعتداد بين المدخولة وغير المدخولة وبين الحرة والأمة والحائل والحامل منه .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان ومن قطع نصفين أو أحد وريديه فهو كالميت ولو بقى مدة حيا فيورث وتعتد زوجته ويعتق مدبره وأم ولده ولا حكم لكلامه .

﴿ والحامل ﴾ تعتد ﴿ بها ﴾ أى بأربعة أشهر وعشر ﴿ مع الوضع ﴾ إن لحق بالزوج فلا تنقضى عدتها عندنا إلا بآخر الأجلين فإن وضعت قبل مضى الأربعة الأشهر والعشر بقيت فى العدة حتى تكمل وإن مضت هذه المدة قبل أن تضع بقيت حتى تضع .

﴿ و ﴾ المتوفى عنها ﴿ لا ﴾ تستحق من تركة زوجها ﴿ سكنى ﴾ فتعتد حيث شاءت ويجب عليها الاستمرار حيث ابتدأت العدة فيه ولا تستحق كفنًا لو ماتت فى العدة لارتفاع الخطاب بموته وتستحق النفقة والكسوة والفطرة ولو كانت أمة لأن سبب وجوبها قد وجد فى حال الحياة .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان : ونفقة العدة مقدمة على سائر ديون الميت بعد مايحتاج إليه الميت فى تجهيزه إذا طلبتها الزوجة لمستقبل وسلمت لها فلو لم تطلبها حتى مضت المدة أو بعضها ثم طلبت لما مضى كانت أسوة الغرماء لا لما يستقبل فتقدم . ﴿ ومتى ﴾ توفى الرجل عن امرأة و ﴿ التبست ﴾ هذه المتوفى عنها ﴿ بمطلقة ﴾ طلقها قبل الوفاة

طلاقا ﴿ بائناً ﴾ مع كونهما ﴿ مدخولتين ﴾ أومخلوًّا بهما ﴿فلا بد لذات الحيض﴾ منهما ﴿ من ثلاث ﴾ حيض ﴿ معها ﴾ أى مع عدة الوفاة لتخرج عن العدة بيقين إذ يجوز فى كل واحدة منهما أنها المتوفى عنها فعدتها بالأشهر والمطلقة بائناً فعدتها بالحيض إن كانت من ذوات الحيض . وغير ذات الحيض يحصل اليقين بعدة الوفاة فوجب على كل واحـدة من ذوات الحيض أن تمتد أربعة أشهر وعشراً معها ثلاث حيض ﴿ من ﴾ يوم العلم بـ ﴿ الطلاق ﴾ إن علمت به ويكفى العلم الجلى فيما هو لها كما سيأتى . فإن انقضت ثلاث حيض من يوم العلم قبل الشهور أكملت الشهور وإن انقضت الشهور وليس معها ثلاث حيض استكملتها بعد الأشهر ﴿ ولها ﴾ فى أقصر العدتين لكل واحـدة نفقة كاملة لأنه يعلم أن كل واحـدة منهما باقية فى العدة على الحالين . وأما ﴿بعد مضى أقصر العدتين﴾ فلا يستحقان إلا قدر ﴿نفقة واحدة فقط﴾ تقسم بينهما نصفين لأنه يعلم أن إحداها قد انقضت عدتها قطعاً : أما المتوفى عنها أو المطلقة فلا تلزم إلا نفقة واحـــدة ولم يعلم أيهما تستحقها فقسمت بينهما نصفين ﴿ كغير المدخولتين ﴾ إذا التبس أيهما المطلقة فلا نفقة لها وأيهما المتوفى عنها فلها النفقة لأن الوفاة فى حقها كالدخول فلم يستحقا إلا نفقة واحدة ﴿ فى الكل ﴾ من عدتهما تقسم بينهما فلو ادعت إحداها أنها هى المطلقة قبل الدخول سقط بإقرارها ما تستحقه من النفقة . . وأما المخلوّ بها فوجوب العدة عليها كالمدخولتين سـواء، خلا أنه إذا كان الزائد الحيض فى الظاهر فقط وأما النفقة فلا حكم للنفقة للمطلقة فيجب لكل واحدة نصف نفقة من ابتداء العـدة إلى الانتهاء حيث كان الزائد الشهور وإن كان الزائد الحيض فلا شىء فى الزائد وفى الأقصر نصف نفقة .

﴿ فإن اختلفا ﴾ فكانت إحداها مدخولة والأخرى غير مدخولة والتبست المطلقة بالمتوفى عنها ﴿فقس﴾ ذلك على ماتقدم فنقول إما أن تعلم المدخولة منهما أو تجهل، فإن علمت فإنها تعتد بأربعـة أشهر وعشر معها ثلاث حيض ولها نفقة كاملة فى أقصر

المدتين، ونصف نفقة فى الزائد، وغير المدخولة تمتد بأربعة أشهر وعشر ولا تحتاج إلى الحيض ولها نصف نفقة كما تقدم بيانه ، وإن جهلت المدخولة فلكل واحدة فى أقصر المدتين ثلاثة أرباع نفقة لأنك تقدر أنها مطلقة مدخولة فلها نفقة، ميتة مدخولة، فلها نفقة، ميتة غير مدخولة ، فلها نفقة مطلقة غير مدخولة ، فلا شىء لها، فقد لزمت فى ثلاث أحوال وسقطت فى الحال الرابعة فيلزم ثلاثة أرباع نفقة فى أقصر المدتين لكل واحدة وفى الزائد إن كان المتأخر الشهور فنصف نفقة لكل واحدة لأنك تقدر أنها مطلقة فلا شىء لها سواء كانت مدخولة أم لا لأن عدة الطلاق قد انقضت . وإن قدرت أنها ميتة فلها نفقة فى الزائد لإتمام الأربعة الأشهر والعشر فقد لزمت فى حال وسقطت فى حال فاستحقت كل واحدة نصف نفقة. وإن كان الزائد هو عدة الطلاق فلكل واحدة ربع نفقة لأنك تقدر ميتة مدخولة فلاشىء ، ميتة غير مدخولة فلاشىء، مطلقة غير مدخولة فلا شىء ، مطلقة مدخولة فلها نفقة ، فلزمت فى حال وسقطت فى ثلاث أحوال فيلزم ربع نفقة ويلزم كل واحدة أربعة أشهر وعشر معها ثلاث حيض لكل من ذوات الحيض، فإن التبس فى حقهن الزائد هل الشهور أو الحيض فيلزم لكل واحدة فى هذا الالتباس ثلاثة أثمان نفقة . حكى هذا فى شرح الفتح لأنك إن قدرت أن الزائد الشهور فنصف نفقة وإن كان الزائد الحيض فربع نفقة يقسم الجميع على حالين يأتى ثلاثة أثمان نفقة .

﴿ وأما ﴾ العدة ﴿ عن فسخ[1] ﴾ لعقد النكاح ﴿ من حينه ﴾ يعنى من يوم وقوع

---

(١) قال فى البيان : مسألة فاذا مسخ الزوج إلى حيوان اعتدت نساؤه عدة فسخ، وإلى جماد عدة وفاة، هذا هو المختار . وقيل بل عدة وفاة على كل حال اه مفتى وحثيث وذمارى وهبل ، « قلت » وهذه المسئلة من فضول المسائل ، فمتى كان فى الإسلام مثل ذلك وكم من أمثالها شغل المفرعون أوقاتهم بها ، نعم ، وأما إذا ارتد ولحق بدار الحرب فعدة فسخ وهو الصحيح للمذهب اه .

الفسخ لا من أصله ﴿ فـكالطلاق البائن ﴾ يعنى أن المدة فى الفسخ كالمدة من الطلاق البائن. ووجه مشابهته له أن كلاً منهما رفع للنكاح من حينه لا من أصـله على جهة البينونة فلذا خص البائن بالذكر دون الرجعى . ومثال الفسخ من حينه فسخ الصغيرة بعد البلوغ ولو كان بالحـكم وفسخ اللعان والفسخ بالعيب الحادث بعـد الدخول أو قبله وباختلاف الملة وبالرضاع الحادث بعد النكاح وفسخ المعتقة، وأما تجدد الرق عليهما أو عليها فيكفى حيضة وفسخ فساد العقد من دون حكم وفسخ عدم الـكفاءة وفسخ ملك أحدهما الآخر كل هذه من حينه .

وقوله ﴿ غالبا ﴾ يحترز من الفسخ بالردة فإنه إذا مات المرتد أو لحق بدار الحرب ورثه المسلم من أحـد الزوجين إذا كان ذلك بعد الدخول سـواء كانت الردة فى دار الحرب أم فى دار الإسلام .

﴿١٧٨﴾ ﴿ فصل ﴾

فى حكم المدة عن الطلاق والموت والفسخ . وهذا الفصل قد تضمن ستة أحكام:

﴿ الأول ﴾ قوله ﴿ وهى ﴾ أى المدة تعتبر أحكامها ﴿ من حين العـلم للعاقلة الحائل ﴾ والمراد بالحائل غير الحامل ، والمعنى أنه من طلقها زوجها سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً أو مات أو انفسخت عنه لزمتها المدة إذا كانت عاقلة غـير حامل من وقت العلم بموجب المدة لا من وقت الوقوع. هذا هو المختار للمذهب. والمراد بالعلم هنا العلم الشرعى وهو الخبر المفيد للظن فيعمل به فيما هو لها كالنفقة ونحوها لا التزويج فلابد من الحـكم بعلم الحاكم أو بالشهادة ويكون حكم ما قبل العلم حكم تلك المدة، إن كانت عن رجعى فحكم الرجعى وإن كانت عن بائن فحكم البائن، فلا ترث ولا يثبت له شىء من أحكام الزوجية لأن الطلاق مثلا قد صدر من مالـكه وصادف محله فوقع وانقطعت أحـكام الزواج بينهما . وإنما جعل من يوم العلم للتعبد من الاحداد

وغيره، ولهذا لو طلقها طلاقا رجعياً ولم يبلغها الطلاق حتى مات الزوج وعلمت بالطلاق حينئذ فإنها تعتد للموت وترثه لأنا نحكم بأنه مات وهي باقية له زوجة إذ حكم ما قبل العلم حكم تلك العدة قل أم كثر، فإن كان الطلاق بائنا فلا توارث بوقوعه ولو لم تعلم بالطلاق إلا بعد وفاته طالت المدة أم قصرت والمراد بالعلم العلم بموجب العدة ولو اختلف السبب كأن يبلغها أنه مات زوجها فاعتدت عدة وفاة فانكشف أنه طلق فقد انقضت العدة بذلك . وإنما قال « للعاقلة » ولم يقل للمكلفة لتدخل السكرى والنائمة .

﴿ و ﴾ تعتبر أحكام العدة ﴿ من ﴾ يوم ﴿ الوقوع ﴾ لسبب العدة من طلاق أو موت أو فسخ ولو قبل العلم ﴿ لغيرها ﴾ يعني لغير العاقلة الحائل، وذلك في حق الصغيرة والمجنونة والحامل فعدتهن من يوم وقوع سبب العدة . ولا يعتبر علمها فإذا حصل ما به الاعتداد من وضع الحمل أو الحيض في حق المجنونة أو الشهور في حق الصغيرة انقضت به العدة ولو لم تكن قد عقلت سبب وجوب العدة ولا علمت به فإن كان الاعتداد عن وفاة فله حكمه. ويشترط في الحامل المعتدة عن وفاة أيضاً علمها في بقية العدة حيث تقدم وضع الحمل على الشهور . فلو بلغت الصغيرة وأفاقت المجنونة في بقية العدة اعتبر العلم في الباقي حيث بلغت الصغيرة بغير الحيض وأما به فإنها تستأنف العدة بالحيض .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثاني ﴾ ﴿ تجب في جميعها ﴾ أي في عدة الطلاق والموت والفسخ ﴿ النفقة ﴾ للمعتدة ولو طالت مدتها وأينما وجبت النفقة وجبت الكسوة ﴿ غالبا ﴾ احتراز من المعتدة عن فسخ بأمر يقتضي النشوز كاللعان ونحوه وعن المعتدة عن طلاق بعد خلوة قبل الدخول فلا نفقة لها كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثالث ﴾ أنه يجب ﴿ اعتداد الحرة ﴾ البالغة العاقلة ولو كافرة ﴿ حيث وجبت ﴾ عليها العدة وذلك حيث طلقت أو علمت فلا يجوز لها الخروج

من دار عدتها ويجوز لها التنقل فى بيوت الدار، فلو أذن لها مطلقها بالخروج فليس له ذلك إلا حيث كان الطلاق رجعياً كما تقدم . وقول الإمام عليه السلام « الحرة » يحترز من الأمة المزوجة والمدبرة والمكاتبة فإنه يجوز لها الخروج ولا تسقط بذلك نفقتها . وقولنا البالغة العاقلة يحترز من الصغيرة والمجنونة فتعتد حيث شاءت ولا يجب على الولى الأمر ﴿ ولو ﴾ وجبت العدة وهى ﴿ فى سفر ﴾ فإنه يلزمها أن تعتد فى ذلك الموضع ولا يجوز لها أن ترجع إلى بلدها إذا كان ما بينها وبينه ﴿ بريداً فصاعدا ﴾ ولو فى سفرها للحج فتصير محصرة عن الحج، فإن كان بينها وبين بيتها الذى يلزمها الاعتداد فيه دون البريد وجب عليها الرجوع لتعتد فيه ، وتقف المتوفى عنها لعدتها حيث شاءت لأنه لا يتعين عليها بيتها ويتعين عليها الوقوف حيث ابتدأت العدة فيه ويجب عليها الاستمرار فيه كما مر .

﴿ والحكم الرابع ﴾ أن المعتدة عن وفاة يجوز لها أن تخرج من دارها طيلة النهار وبعض الليل ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لاتبيت ﴾ أكثر الليل ﴿ إلا فى منزلها ﴾ أى دارها التى اعتدت فيها سواء كانت فى سفر أوحضر، فلو كانت فى دار منازلها عدة جاز لها التنقل فيها من بيت إلى بيت والمبيت حيث شاءت منها والخروج من الدار مهما لم تبت أكثر الليل خارجها ﴿ إلا ﴾ أنه يجوز لها الخروج من موضع اعتدادها وذلك ﴿ لعذر ﴾ حصل معها منعها من الوقوف فى ذلك المكان ﴿ فيهما ﴾ يعنى فى حق المقيمة والمسافرة الخارجة عن بريدها : أما المقيمة فنحو أن تخاف سقوط البيت عليها أويكون لغيرها وطلب منها الخروج منه أو لزوجها والعدة عن طلاق بائن، ومن ذلك الوحشة أو يكون عليها أو على أهلها غضاضة ، وأما المسافرة فنحو أن لا تجد فى ذلك الموضع حاجتها من ماء وغيره أو لا تأمن إن وقفت فيه، فإن أمنت وقد سارت بعض المسافة فلا يتجدد عليها الخطاب بل تمضى . فإن كان بينها وبين منزلها وبين مأمنها

وبين الموضع الذى أرادت أن تسافر إليه بريد أو أكثر فهى مخيّرة إن شاءت رجعت إلى بيتها وإن شاءت خرجت إلى الموضع الذى أرادت وإن شاءت عدلت إلى المأمن، والأولى لها من باب الندب الرجوع مع الأمن إلى منزلها . وإنما تخيّر مع الخوف إذا لم تكن قد أحرمت بالحج إذ لو قد أحرمت به لم تخيّر[1] بل تتم فيه .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الخامس ﴾ أنه يجب ﴿ على ﴾ المعتدة ﴿ المكلفة ﴾ حرة كانت أو أمة ﴿ المسلمة الاحداد ﴾[2] فى مدة العدة حتى تنقضى ، وقوله المكلفة المسلمة لتخرج الصغيرة والمجنونة والكافرة فلا إحداد عليهن. فإن بلغت الصغيرة بغير الحيض أو أفاقت المجنونة أو أسلمت الكافرة وجب عليها الاحداد فى باقى العدة فإن كان بلوغ الصغيرة بالحيض استأنفت العدة به ووجب عليها الاحداد فى جميعها . والاحداد هو ترك الزينة وما يقع به تجمل المرأة من خضاب وطيب وكحل ودهن ، ولا فرق بين دهن ما ظهر منها وما خفى ولو بالسمن إلا لضرورة ، ولا تلبس مصبوغاً بالصفرة ونحوه إلا أن يكون بالحا لا زينة فيه ويجوز لها لباس البياض والسواد وما بلى صبغه من الأصفر ونحوه، ويجوز لها أن تكتحل بالتوتيا وتغتسل بالصابون وتغسل رأسها به أو بالسدر ولو فى الحمام والامتشاط وقلم الأظفار والاستحداد وإزالة الأوساخ بالصابون والتزين فى الفراش والبسط والستور وأثاث البيت لأن الاحداد فى البدن لا فى الفراش ويجوز لها أكل الأطعمة المصبوغة بالزعفران والعصفر وأن تقعد حيث يثار الطيب، حكى ذلك فى روضة النووى وشرح النجرى . والحاصل أنه يعتبر فى كل بلد بعرفها فى التزين وما يتجملون به من حللهم وحليهم ولو من صفر أو حديد أو زجاج أو ودع أو نحو ذلك .

---

(١) وهذه المسئلة لا تنقض ما تقدم فى الحج فى فصل ١٣٣ فى شرح قوله (أو تجدد عدة) فتلك مبنية على الأمن وهذه مبنية على الخوف فحينئذ تتم ما أحرمت به هنا وقد بينا مثل هذا هناك.

(٢) وهذا فى النكاح الصحيح لا الفاسد فلا إحداد عليها فى عدته كما تقدم فى آخر فصل ١٥٢ فى قوله (وهو كالصحيح إلا فى الاخلال والإحداد) اه .

وإنما يجب الاحداد على المعتدة ﴿ فى غير ﴾ الطلاق ﴿ الرجعى ﴾ لا فيه فيندب الزينة كما تقدم لأنه لا احداد فيه بل فى عدة البائن والمفسوخة والوفاة .

﴿ فرع ﴾ ويندب للمرأة الاحداد ثلاثاً على غير زوجها إذا مات قريب أو غيره ممن يحزن عليه وسواء رأت جنازته أم لا والرجل يومًا واحداً إذا كان ممن يحزن عليه ولا تجوز الزيادة على ذلك .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم السادس ﴾ ﴿ تجب ﴾ على المعتدة ﴿ النية فيهما ﴾ يعنى فى العدة والاحداد ﴿ ولا ﴾ يجب عليها ﴿الاستئناف﴾ للعدة ﴿ لو تركت ﴾ النية ﴿ أو ﴾ تركت ﴿ الاحداد ﴾ بل تبنى على مامضى وتكون آثمة على ترك النية مع العلم .

﴿ وما ولد ﴾ له فى العدة ﴿ قبل الاقرار ﴾ منها ﴿ بانقضائها ﴾ يعنى العدة ﴿لحق﴾ نسبه بزوجها المطلق لها وانقضت به العدة وسواء كانت عدتها قبل ظهور الحمل بالحيض أو بالشهور ، وإنما يلحق به ﴿ إن أمكن منه حلالا ﴾ يحترز من أن لايمكن كونه من الزوج إلا عن وطء حرام وذلك نحو أن يطلقها قبل إمكان البلوغ طلاقاً بائناً ثم تبلغ بالحمل فى العدة وتأتى بولد فإنه لا يمكن كونه من الزوج عن وطء حلال لأنها بائنة فلا يصح تجويز وطئها فى العدة وكذا لو طلقها قبل إمكان البلوغ طلاقاً رجعياً ثم مضت عليها ثلاثة أشهر قبل إمكان البلوغ ولم يراجعها فيها ثم أتت بولد لستة أشهر بعد انقضاء العدة وهى الثلاثة الأشهر فإن هذا الولد لايمكن كونه من الزوج عن وطء حلال فلا يلحق به فى هاتين الصورتين .

وأما إذا أمكن منه حلالاً فإنه يلحق به ﴿ فى ﴾ الطلاق ﴿ الرجعى مطلقا ﴾ أى سواء أتت به لدون أربع سنين أو أكثر حيث أمكن الوطء لأنا نجوز فى كل وقت من بعد الطلاق إلى يوم الوضع أنه راجعها ووطئها ولا يعتبر منها المصادقة على الوطء لثبوت الفراش ولوجوب حملها على السلامة أنها وطئت فى العدة من زوجها هذا إن جاءت به لفوق أربع سنين ﴿ و ﴾ أما ﴿ فى ﴾ الطلاق ﴿ البائن ﴾ فيلحق نسب الولد

به قبل الاقرار بانقضائها إذا أتت به ﴿ لأربع ﴾ سنين ولحظتين ﴿ فدون ﴾ من الوقت الذى يليه الطلاق واعتبار اللحظتين لابد منه لحظة لإمكان الوطء قبل الطلاق ولحظة للولادة عقيب مضى أربع سنين ، ومجيئه فى أكثر مدة الحمل ويجوز أنه فى بطن المرأة من قبل الطلاق بلحظة لوجوب حمل المرأة على السلامة ، فإن أتت به لأكثر من ذلك لم يلحق به لعدم جواز الرجعة والوطء فى الطلاق البائن وعدم تجويز أنه من قبل الطلاق لمضى أكثر مدة الحمل فحينئذ يعلم أنه من غير الزوج .

﴿ وكذا ﴾ لو أتت بالولد ﴿ بعده ﴾ أى بعد الاقرار بانقضاء العدة بمدة مقدرة ﴿ بدون ستة أشهر ﴾ ـ من وقت الاقرار ـ لحق الولد به فى الرجعى مطلقاً وفى البائن إذا أتت به لأربع سنين فدون من يوم الطلاق والمراد إذا عاش الطفل مدة لا يعيش فيها إلا الكامل فإن مات لم يلحق لجواز أنه وطئها بعد الاقرار بانقضاء العدة ﴿ لا ﴾ إذا أتت بالولد لمدة مقدرة ﴿ بها ﴾ أى بستة أشهر ﴿ أو بأكثر ﴾ من يوم الاقرار فإنه لا يلحق لأن الظاهر صحة إقرارها بانقضاء العدة وأن الحمل حدث من بعد ﴿ إلا حملاً ممكناً ﴾ كونه منه ﴿ من المعتدة بالشهور لليأس ﴾ عن الحيض وهو بلوغ الستين فيلحق به وتنقضى به العدة ولو أتت به لستة أشهر من يوم الاقرار . وصورة ذلك أن تدعى المرأة أنها قد صارت آيسة من الحيض لأجل الكبر فتعتد بالأشهر وتقر بانقضائها ثم ظهر بها حمل فإن ظهور الحمل يدل على كذبها فى الستين والانقضاء . فكأنها لم تقر فيلحق به فى الرجعى مطلقاً وفى البائن لأربع فما دون من يوم الطلاق وقد مر شىء من هذا « لا لو لم يمكن » إلحاقه به رأساً « كمطلقة بائنا » طلقت « قبل إمكان البلوغ » لأنه ليس من قبل الطلاق إذا وقع الطلاق قبل إمكان الحمل رأساً ولا من بعده لأنه لا يجوز الوطء للبائنة فلم يمكن منه حلالا سواء أتت به لأربع أو فوق أو لستة أشهر من يوم الاقرار أو دون لأنا لا نحملها على كذبها بل نحكم أنها إنما وضعته لستة فصاعدا « أو » كان الطلاق « رجعيا » ثم بلغت بالحيض

وهى فى العدة ثم أقرت بانقضائها ثم جاءت بولد لستة أشهر فما فوق من يوم الاقرار فلا يلحق به لأنه حمل تام بعد العمل على انقضاء العدة بإقرارها .

﴿ فرع ﴾[1] وأما المعتدة عن وفاة إذا جاءت بولد بعد الوفاة فإن أتت به قبل أن تقر بانقضاء العدة لحق بالميت ما جاءت به لأربع سنين فما دون لا فوقها مطلقا وذلك حيث لم تزوج المرأة أو تزوجت وأتت به لدون ستة أشهر من يوم التزويج وإن كانت قد أقرت بانقضاء العدة وأتت بالولد بعد ذلك فكالصغيرة التى يجوز عليها الحبل فيلحق بالزوج حيث أتت به لدون ستة أشهر من انقضاء العدة ، وبها أو فوقها لا يلحق به .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا تزوّجت المعتدة بعد مضى مدة يمكن انقضاء العدة فيها وهى تسعة وعشرون يومًا فى حق ذات الحيض كان نكاحها إقراراً بانقضاء العدة، فإذا ادعت بعد بقاء العدة وأنها جهلت الأمر لم تقبل دعواها لأن إذنها بالنكاح كالإقرار بانقضاء العدة ، وهذا فى عدة البائن أو فى الرجعى ولم يخاصم زوجها الأول إذ لو خاصم لم يقبل قولها إلا بشهادة عدلة فى الحيض أو عدلين فى الأشهر أو حكم الحاكم بعلمه .

﴿١٧٩﴾ . ﴿ فصـــل ﴾

﴿ ولا عدة فيما عدا ذلك ﴾ المتقدم ذكره من الطلاق أو الموت أو الفسخ الحينى ﴿ لكن ﴾ قد ﴿ تستبرأ ﴾ المرأة من وطئها مدة فى سبع حالات ولا نفقة لها فى مدة الاستبراء من الذى حملت منه لامن العاقد فيجب عليه . ﴿ الأولى ﴾ قال فى البحر من وطئت لشبهة حرة كانت أو أمة يستبرئها من هى تحته حفظاً للنسب ﴿والثانية﴾ ﴿ الحامل من زنى ﴾ فإنها تستبرأ ﴿ للوطء ﴾ وكذا مقدماته من الاستمتاع وغيره

(١) يستفاد الفرع مع المسئلة بعده من البيان وهامشه .

﴿ بالوضع ﴾ للحمل ولو كان الزانى هو الزوج الذى يريد وطئها الآن بالعقد وقد زنى بها من قبل فإنه لايجوز له وطؤها بعقد النكاح إلا بعد أن تضع ولا أن يستمتع منها أيضاً لأن الولد ليس من زرعه ولا يلحق به . وأما للعقد فلا يجب أن تستبرأ فيجوز العقد على الحامل من زنى للزانى وغيره ولا توطأ الحرة ولا يعقد بالأمة حتى تضع وتطهر من نفاسها، فإن مات زوجها هذا فعدتها من وفاته أربعة أشهر وعشر لا بوضع الحمل من زنى . فإن كانت الزانيـة غير حامل لم يجب استبراؤها للعقد ولا للوطء عندنا مالم يظن حملها وجب استبراؤها .

﴿ فرع ﴾ فلو أن رجلا عقد على الحامل من زنى ثم وطئها قبل الاستبراء بالوضع وهى مثلثة من زوجها الأول فطلقها الثانى حلت للأول لو أراد أن يتزوجها .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالثة ﴾ ﴿ المنكوحة ﴾ نكاحا ﴿ باطلا ﴾ وهى التى نكحت فى العدة ودخل بها الزوج مع الجهل منهما فيجب الاستبراء إذا أراد العقد فإن كان بطلان نكاحها ليس لأجل العـدة ونحوها بل لبطلانه من أصله نحو أن يكون بغـير ولى وشهود فيجوز له العقد والوطء من غير استبراء لا لو أراد أن يتزوجها نكاحاً صحيحاً مع جهلهما ولو كانت حاملا منه .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابعة ﴾ ﴿ المفسوخة من أصله ﴾ وهى التى تزوجت من غير ولى وشهود مع الجهل منهما ثم فسخه الحاكم فإنه يجب عليها الاستبراء إذا وقع الفسخ بعد الدخول .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامسة ﴾ ﴿ حربية ﴾ مدخول بها لامخلو بها فقط إذا ﴿ أسلمت عن ﴾ زوج لها ﴿ كافر و ﴾ سواء ﴿ هاجرت ﴾ أم لا فإنه يجب استبراؤها للعقد. وقوله وحربية لتخرج بذلك الذمية إذا أسلمت عن كافر أو طلقها زوجها فعليها مثل ما على سائر المعتدات من العدة . فهؤلاء الثلاث المذكورات فى الأزهار من قوله والمنكوحة باطلا إلى هنا يجب استبراؤهن من ذلك الوطء للعقد مدة ﴿ كعدة الطلاق ﴾

عدداً لا أحكاما فلا نية ولا نفقة ولا إحداد ولا كسوة ولا سكنى : فعدة الحامل بوضع جميع الحمل متخلقاً كما مر ، والحائض بثلاث حيض غير ما طلقت أو فسخت أو أسلمت فيها كما مر ، والصغيرة والآيسة بثلاثة أشهر كما تقدم أيضاً . فإن بلغت إحدى هؤلاء الثلاث وقد استبرأت بشهرين وكان بلوغها بالحيض ، أو كانت ذات حيض واستبرئت بحيضتين ثم أيست عن الحيض وجب الاستئناف بما انتقلت إليه ، فالصغيرة بثلاث حيض ومن أيست بحيضتين ومن هذا تعرف مشابهته لعدة الطلاق . ولا يخالف هذا الاستبراء مدة العدة ﴿ إلا ﴾ فى صورة واحدة وهى ﴿ أن المنقطعة الحيض ﴾ من هؤلاء الثلاث ﴿ لعارض ﴾ معروف أم لا ، وكذا المستحاضة الناسية لوقتها وعددها أو للوقت فقط حكم آخر وهو استبراؤها ﴿ بأربعة أشهر وعشر ﴾ بخلاف المعتدة فإنها تتربص إلى مدة اليأس كما تقدم .

﴿ و ﴾ ﴿ السادسة ﴾ ﴿ أم الولد[1] ﴾ إذا ﴿ عتقت ﴾ باعتاق سيدها لم يجز نكاحها لغير سيدها حتى تستبرأ ﴿ بحيضتين ﴾ وجوبا. قال فى شرح الأثمار: وإنما كان استبراؤها بحيضتين قياساً على بيع الأمة لأنها تستبرأ بحيضة على البايع وأخرى على المشترى والجامع زوال الملك . ﴿ وندبت ﴾ حيضة ﴿ ثالثة للموت ﴾ وإن كانت أم الولد آيسة فبشهرين ويندب الثالث وأربعة أشهر وعشر فى حق المنقطع حيضها لعارض معروف أم لا .

﴿ و ﴾ ﴿ السابعة ﴾ ﴿ المعتقة ﴾ فإنه يجب أن تستبرأ ﴿ للوطء بالنكاح ﴾ المتجدد ﴿ بحيضة ﴾ أو شهر فى الآيسة والصغيرة والمنقطعة بأربعة أشهر وعشر وبوضع الحمل إن كانت حاملا أو تمام المدة وأما العقد فيجوز قبل الحيضة ﴿ ولو لمعتق ﴾ أى ولو كان المعتق هو الذى أراد نكاحها فإنه يجب عليه أيضاً استبراؤها للوطء كالأجنبى إذا وقع العتق ﴿ عقيب شراء أو نحوه ﴾ من إرث أو نذر أو هبة أو سبى

(١) لا المدبرة فلا عدة عليها اهـ بيان .

فأما لو كان العتق متراخياً عن الشراء بحيث قد مضى قدر مدة الاستبراء سقط وجوب الاستبراء عن المعتق .

﴿١٨٠﴾ ﴿فصل﴾

فى الرجعة وما يتعلق بها . واعلم أن الرجعة لا تصح إلا بشروط ثلاثة: ﴿الأول﴾ قوله ﴿ ولمالك الطلاق ﴾ بالاصالة ﴿ فقط ﴾ يعنى لا تصح الرجعة إلا من مالك الطلاق بالاصالة وهو الزوج حراً كان أم عبداً فلا تصح الرجعة من غيره ولا من المملك لو ملك الزوج غيره طلاق زوجته ولا من الوكيل ولو فوض لا الموكل بها ولا من السيد المالك للزوج ولو بالعقد لأنه رجعة لا عقد حقيقة .

﴿ الشرط الثانى ﴾ قوله ﴿ إن طلق رجعياً ﴾ لا بائناً فلا رجعة فيه .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن تقع الرجعة ﴿ ولما ﴾ يتعقبه من حين الطلاق إلى وقت الرجعة « فسخ » كان « يرتد أحدهما » فينفسخ النكاح ، والفسخ يتبع الطلاق ولا رجعة بعد الفسخ إذ هو كالطلاق البائن. قال فى حاشية السحولى : أما لو ارتدا معاً فى حالة واحدة إلى ملة واحدة لم تمتنع الرجعة مادامت العدة سواء راجع فى حال الردة أو بعد الإسلام ، فإن أسلم الذمى أو الذمية بعد طلاق رجعى ولحقه الآخر فى العدة صحت الرجعة .

ومتى كملت الثلاثة الشروط المتقدمة كان للزوج فقط ﴿ مراجعة من ﴾ طلقها إذا ﴿ لم تنقض عدتها ﴾ فلو انقضت عدتها لم تصح الرجعة من بعد فإن تقارن الانقضاء والرجعة صحت الرجعة وكذا لو التبس، إذ الأصل بقاء العدة .

﴿ ويعتبر ﴾ أن تكون المراجعة ﴿ فى ﴾ حق المعتدة ﴿ الحائض ﴾ قبل ﴿ كمال الغسل ﴾ من الحيض ولو مجنونة . والمراد به الغسل الشرعى الذى بعد الطهر من الحيض الذى تستباح به الصلاة ولو بالصب أو المسح مع العذر ﴿ أو ما فى حكمه ﴾

أى فى حكم الغسل وهو أن تيمم للعذر وإن لم تصل به أو يمضى عليها وقت صلاة اضطرارى تأخيراً بعد أن طهرت لم يكن له المراجعة بعد ذلك . واعلم أنه لافرق بين أن تيمم للصلاة ولو فى أول الوقت أو لدخول المسجد أو لقراءة أو لنافلة أو للانقضاء أو نحو ذلك صح ولم يكن له المراجعة بعد ذلك ولا فرق بين أن تكون واجدة للماء أو عادمة فقد انقضت بذلك العدة ولو لزمها إعادة صلاة الفريضة لوجود الماء فى الوقت . ومهما لم يمض عليها هذا الوقت ولم تفعل إحدى الطهارتين جاز لزوجها مراجعتها عندنا ولو بقى عند الغسل من جسدها أو شعرها لمة أو شعرة جاز مراجعتها ، ومن مات منهما ورثه الآخر لأنها لم تنقض عدتها وسواء انقطع حيضها لتمام العشر أو لدونه .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الرجعة ﴾ أنها ﴿ تصح وإن لم تُنْوَ ﴾ سواء كانت باللفظ أم بالفعل من وطء أو مقدماته لكنه يأثم حيث علم مع الفعل ولم ينو الرجعة وتصح بذلك ويكون حكم الرجعة باللفظ حكم عقد النكاح فيشترط أن يتناول جميعها أو بعضها كما مر ﴿ إما بلفظ العاقل ﴾ المختار ولو بالكتابة أو الرسالة ومن الأخرس بالاشارة فلا تصح من المكره عليها إلا أن ينوى الرجعة، ولا من زائل العقل كالمجنون والنائم إذا جرت على لسانه ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من السكران فإن رجعته تصح كطلاقه وعقد نكاحه وسواء راجع بالقول أو بالفعل ، وصورة المراجعة بالقول : راجعتك أو رجعتك أو تراجعنا أو ارتجعتك أو استنكحتك أو تزوجتك ، ومن جملة ألفاظها لفظ الرد والإمساك . وتصح بالكتابة كأعدت الحل الكامل بينى وبينك أو أدمت المعيشة بيننا ، وتصح بعقد النكاح ولا مهر ﴿ أو بالوطء ﴾ لشهوة أم لا ﴿ أو أى مقدماته ﴾ من تقبيل أو لمس أو نظر مباشر ﴿ لشهوة ﴾ فهى تصح ﴿ مطلقا ﴾ أى ولو وقع منه ذلك وهو مجنون أو سكران أو مكره له فعل أو نائم والمرأة طائعة أو مكرهة أو حائض أو محرمة كان رجعة فى جميع ذلك لا بالخلوة فلا تكون رجعة .

﴿ و ﴾ إذا فعل شيء من الوطء مطلقا أو مقدماته لشهوة غير قاصـد الرجعة فإنه ﴿ يأثم ﴾ بذلك الفاعل ﴿ العاقل ﴾ العالم بالتحريم ﴿ إن لم ينوها به ﴾ يعنى حيث لم ينو الرجعة بذلك الفعـل لأنها فى تلك الحالة ليست له زوجة ، وتصح بذلك الرجعة مع الإثم .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الرجعة ﴾ أنها تصح ﴿ بلا مراضاة ﴾ للزوجة وأوليائها وذلك حيث تـكون الرجعة مجمعاً عليهـا بأن لا تمر ثلاثة أطهار ولا ثلاث حيض وأن لا يكون الطلاق ثلاثاً بلفظ واحـد أو ألفاظ ونحو ذلك . وأما المختلف فيها فلا بد من رضائها ورضاء ولى الصغيرة والمجنونة مع اتفاق المذهب أو الحـكم لقطع الشجار مع عدم الرضا واختلاف المذهب لا للثبوت فقد ثبتت .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الرجعة ﴾ أنها تصح ﴿ مشروطة بوقت ﴾ نحو أن يقول والعدة باقية إذا جاء غد فقد راجعتك فلا يثبت حكمها إلا من فجر غد ﴿أو غيره﴾ أى وتصح أن تـكون مشروطة بغير وقت نحو إذا جاء زيد فقد راجعتك أو نحو ذلك من الشروط سواء كان الشرط حالياً أو مستقبلا أو ماضياً نحو من دخلت دارى منكن فقد راجعتها : أما لو قال لزوجته إذا جاء زيد فقد راجعتك الآن ثم تزوجت قبل مجىء زيد بعد انقضاء المدة صح .

﴿ ومن أحكام الرجعة ﴾ أنه يدخلها التشريك والتخيير ﴿ و ﴾ تصح ﴿ مبهمة ﴾ عندنا مثال ذلك أن يطلق زوجتين فصاعداً ثم يقول راجعت إحدا كما أو احدا كن فإن ذلك يصح ثم يلزمه الحاكم أن يمين ﴿ و ﴾ تصح ﴿ مولاه ﴾ أى يصح التوكيل بالرجعة مع الإضافة لفظاً من المولى إلى الزوج ﴿ ولو ﴾ كانت الولاية بها إلى كافر أو محرم أو ﴿ لها ﴾ يعنى للمرأة فتراجع نفسها عنه مع الإضافة إليه لفظاً فتقول راجعت نفسى عن فلان له .

﴿ و ﴾ لو راجع فضولى امرأة غـيره فأجاز ذلك الغير فهل تصح بالإجازة

﴿فى إجازتها نظر﴾ لأنا إن قلنا لا تصح فلأنها من توابع الطلاق والطلاق والعتاق لا تلحقهما الإجازة ، وإن قلنا تصح فلأن الطلاق والعتاق إنما لم تلحقهما الإجازة لكونهما غير عقد والاجازة لا تلحق إلا العقد والرجعة ليست بعقد فكان فى الاجازة نظر. قال الإمام عليه السلام « والأقرب عندى أن الاجازة تلحقها» هذا هو المقرر للمذهب لأن شبهها بالنكاح أقرب، وسواء كانت عقداً أم لا، وسواء حصلت الاجازة والمرأة فى العدة أم لا لأنها كاشفة لوقوع الرجعة من يومها والمرأة فى العدة .

﴿ فائدة ﴾ لا تلحق الاجازة من غير عقد إلا الرجعة وقضاء الدين وفائدته الرجوع على المديون بعد أن يجيز ، والقسمة واجازة الاجازة فى البيع وفى القرض وإجازة الغبن وإجازة أحد الشريكين حيث استنفق أحدهما أكثر من الآخر وإجازة الوارث بما أوصى به الميت وإجازة قبض المبيع وإجازة السيد عتق مكاتب وإن لم يكن عقداً وإجازة الصدقة .

﴿ و ﴾ إذا راجع الرجل زوجته فإنه ﴿ يجب ﴾ عليه ﴿ الإشهار ﴾ لها لئلا يقع منها نكاح بعد انقضاء العدة إذا جهلت الرجعة فلو راجعها وأشهد خفية فتزوجت ردت له وعلى الثانى مهرها الأقل من المسمى ومهر المثل إن وطئ ولا يتكرر المهر ما لم يتخلل التسليم، ويؤدب الزوج الأول وشهوده إن قصدوا الكتمان ولم يعلم الحاكم بكتمانهم إلا بعد الحكم بشهادتهم إذ لو علم قبل لم يعمل بشهادتهم إلا بعد التوبة والاختبار سنة . ﴿ ويحرم ﴾ على الزوج قصد ﴿ الضرار ﴾ للزوجة بالرجعة لمنعها من الزواج بغيره لا رغبة فيها وكذا لو تركها إلى أقرب وقت لآخر العدة فيراجعها ثم يطلق ثم كذلك لئلا تنكح .

﴿١٨١﴾ ﴿فصل﴾

ذكر فيه الإمام عليه السلام اختلاف الزوجين فى الطلاق وتوابعه وما يتعلق به

والرجعة وما يتعلق بها ، والعدة وما يتعلق بها فى قوله ﴿ والقول ﴾ للزوج فى وقوع الطلاق « حالا » إذ له الإنشاء « وإلا » يكن فى الحال بل فيما مضى « فلمنكر خلاف الأصل فمن ادعى الطلاق بين به وإلا حلف الآخر . وكذا لو اتفقا على أن الطلاق قد وقع واختلفا فى كيفيته فقال أحدهما إن الطلاق رجعى والآخر بائن فالقول ﴿لمنكر البائن﴾ إذا ادعته الزوجة ثلاثاً أو أيهما بعوض خلعاً إذ الأصل عدمه والبينة على مدعيه ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من أن يدعى الزوج أنه قد أوقع عليها ثلاثا ليسقط عنه حق لها فإنه يقبل قوله فى الطلاق والحقوق الحالية والمستقبلة[1] كالسكنى ولا يمين عليه لأن دعواه كالإقرار ولا تسمع بينتها لأنها على نفى، وكذا لو أنكر الدخول قبل الطلاق وادعت أنه قد دخل ليكمل المهر كان القول قوله أيضاً . فإن أنكرت الدخول قبل الطلاق وادعى أنه قد دخل لتثبت الرجعة كان القول قولها .

﴿ ولتمتنع ﴾ المرأة من الزوج ولا يجوز لها تمكينه من نفسها إذا ادعت أنه طلقها طلاقا بائنا فأنكر الزوج ذلك فالقول قوله لكن لا تمتنع من الزوج إلا ﴿ مع القطع ﴾ بالتحريم ، والقطع إنما يحصل بأحد أمور ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ أن تعرف بأنه بائن بالإجماع وهو أن يطلقها ثلاثا للسنة متخللات الرجعة مشهدا على ذلك وكذا الطلاق قبل الدخول .

﴿ الأمر الثانى ﴾ أن يطلقها طلاقا بائنا مختلفا فيه ومذهب الزوج أنه بائن وهو عارف أنه مذهبه وهو باق عليه وسواء علمت الزوجة أنه عالم بذلك أم لا وسواء كان ذاكراً أنه مذهبه أم ناسياً فإنه يلزمها الامتناع منه ولو أجبرها الحاكم بل ولو حكم حيث لا بينة لها، فإذا حصل أحد هذين الأمرين دافعته وجاز لها قتله بالمدافعة .

﴿ الأمر الثالث ﴾ أن يكون مذهبها أنه بائن ومذهبه أنه رجعى يحرم عليها

(١) لا الحق الماضى عليه فلا يقبل قوله نحو أن يدعى وقوع الطلاق فى وقت متقدم ويريد إسقاط نفقتها ونحوها عنه بعد ذلك الوقت فعليه البينة اه .

تمكينه من نفسها قطعا إذا لم يحكم الحاكم بذلك فيجب عليها الامتناع منه والمدافعة ولو بالقتل لأنه يطلب منها فعل محظور عندها كما تدافع المجنون إذا أراد أن يفجر بها. فإن حكم الحاكم بكونه رجعيا قطع الخلاف ونفذ ظاهرا وباطنا حيث بيّنا للحاكم صفة الطلاق .

﴿ فرع[1] ﴾ أما لو كان الزوج مقرا بالطلاق أو الرضاع لكن تشاجرا أو اختلف مذهبهما فإنه يلزمهما حكم الحاكم ظاهرا وباطنا فإن كان مذهبه الجواز ومذهبها عدمه ولم تمنعه من نفسها كما هو الواجب عليها المنع فإنه لا يحل له مداناتها إلا بعد حكم حاكم لأن فعله يكون سببا فى فعلها المحظور .

﴿ فرع ﴾ ومن أقر بالطلاق البائن[2] أو الرضاع ثم رجع عن إقراره فمع منا كرتها له فى رجوعه لا حكم لرجوعه ومع مصادقتها له فى رجوعه وأن إقراره غير صحيح يمنعان أيضا عندنا ولو قالت غلطت أو نسيت .

﴿ فرع ﴾ أما لو أُقيمت عليه الشهادة حسبة بإقراره بذلك وأنكر هو والزوجة فإنهما يمنعان بعد الحكم بالشهادة لأنه يؤدى إلى تكذيب الشهود .

﴿ فرع ﴾ وإذا أقرت الزوجة بالرضاع بعد مضى عدة الرجعى أو عدة البائن صح إقرارها ومنعت من زواجه فإن رجعت وصادقها الزوج فى رجوعها فعندنا لا يقبل بل يمنعان . وإذا أقر بالطلاق البائن ثم فسره بالخلع أو بالطلاق قبل الدخول قُبل قوله .

﴿ و ﴾ إذا اختلفا فى وقوع الطلاق وعدمه فقال أحدهما قد وقع كان القول ﴿ لمنكر وقوعه فى وقت مضى ﴾ نحو أن تقول طلقتنى بالأمس فأنكر الزوج فالقول

---

(١) هذا الفرع وما يليه نقلا عن البيان فى مثل هذا الفصل .

(٢) كما سيأتى فى الاقرار بفصل ٣٦٣ فى شرح قوله (أو ما صودق فيه غالبا) احترازاً من ثلاث صور اه .

قوله أوهو يقول كنت طلقتك بالأمس وأنكرت فالقول لها. قال فى الغيث بالنظر إلى الحقوق الواجبة عليه فأما بالنظر إلى حل الوطء فلا لأن إقرار الزوج فى حكم الطلاق. وفائدة دعواه ذلك لو وضعت فى آخر أمس سقطت عنه النفقة لأنها انقضت عدتها بالوضع ﴿ و ﴾ كذا القول لمنكر وقوع الطلاق ﴿ فى الحال ﴾ التى بها التخاصم ﴿ إن كان ﴾ المنكر لوقوعه هو ﴿ الزوج ﴾ نحو أن تقول المرأة طلقنى الآن فينكر الزوج فإن القول قوله فأما لو كانت هى المنكرة لتطليقها فى الحال لم يكن القول قولها لأن إقراره فى الحال طلاق ظاهراً وباطناً فكان القول قوله كما مر أوضح من هذا أول الفصل .

﴿ و ﴾ إذا اختلفا هل الطلاق مقيد بشرط أو وقت أو مطلق فالقول ﴿ لمنكر تقييده ﴾ شرطًا أو عقداً والبينة على مدعى ذلك نحو أن يقول الزوج طلقتك بشرط مجىء زيد أو بشرط دخولك الدار أو نحو ذلك وتقول المرأة بل طلاقا غير مشروط فالقول لها والبينة على الزوج فى ذلك لأن الأصل عدم تقييده بعد التصادق على الطلاق ﴿ و ﴾ أما إذا اتفقا أن الطلاق وقع مشروطا لكن اختلفا فى حصول الشرط فالقول لمنكر ﴿ حصول شرطه ﴾ إذا كان ذلك الشرط ﴿ ممكن البينة ﴾ عليه نحو أن يتفقا على أنه طلقها بشرط دخول الدار واختلفا فى حصول دخولها فالبينة على مدعى الدخول فيبيّن الزوج بالنظر إلى الحقوق وأما حصول الطلاق فالقول قوله كإقراره بالطلاق فإن كان الأصل الحصول نحو أن يقول إن لم تدخلى الدار هذا اليوم واختلفا فى دخولها فالبينة عليها أنها دخلت لأن الأصل عدم دخولها . وكذا إذا جعل شرط الطلاق الولادة بينت بعدلة ويثبت النسب والميراث وغير ذلك من الأحكام بشهادتها ولا يمين عليها لأن بينتها محققة ، وكذا لو قال إن حضت فأنت طالق بينت بعدلة فى طرفى الحيض . فإن كان الشرط مما لا يمكن إقامة البينة عليه نحو أن يقول إن كنت تريدين الموت

أو الطلاق فالقول قولها مع يمينها لأن الإرادة لا تعلم إلا من جهتها ، وكذا الاحتلام في سن ممكن .

﴿ فرع ﴾(١) وإذا اختلفا في قدر عوض الخلع ففي الشرط البينة عليها وفي العقد القول قولها مع يمينها لأن الطلاق قد وقع والزوج مدعي الزيادة وفي الشرط الأصل عدم الطلاق فإن اختلفا في جنس العوض أو نوعه أو صفته فالقول قوله والبينة عليها في الشرط لأنها تدعي حصول الشرط ووقوع الطلاق والأصل عدمه فتبين بخلاف العقد فالدعوى عليها بالمال لوقوع الطلاق بالقبول فالقول قولها .

﴿ فرع ﴾ قال في البيان : وإذا أخبره مخبر بحصول شرط الطلاق أو العتق فإن لم يظن صدقه لم يلزمه دينا ولا شرعاً وإن ظن صدقه لزمه دينًا لا شرعًا إلا أن يقر أنه ظن صدقه أخذ به فإن ادعت عليه أنه ظن صدقه لزمته اليمين لأنه إذا أقر بذلك لزمه .

﴿ و ﴾ القول أيضا قول منكر ﴿ مجازيته ﴾ نحو أن يقول إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت طلقت بوقوع الشرط فقال إني أردت إن دخلت فيما مضى وقالت بل في المستقبل فالقول قولها لأن الشرط حقيقة في الاستقبال ومجاز في الماضي . قال الإمام عليه السلام: ولا أحفظ فيه خلافاً إلا أن يقول إن كنت دخلت الدار فإنه حقيقة في الماضي مجاز في المستقبل .

﴿ و ﴾ القول ﴿ للزوج في ﴾ ماهية الشرط و ﴿ كيفيته ﴾ وصفته نحو أن يتفقا على أن الطلاق كان مشروطا واختلفا في ماهية الشرط ، والماهية هي ما يسأل عنها بما . وصورة ذلك أن يقول الشرط دخول الدار وتقول المرأة بل الخروج فالقول للزوج في أن ماهية الشرط هو دخول الدار ، وكذا في الكيفية وهي ما يُسأل عنها بكيف : لو اتفقا أن الشرط دخول الدار لكن قال الزوج راكبة وتقول هي بل

(١) يستفاد من البيان اهـ .

ماشية فالقول للزوج ، وكذا لو قال الزوج جعلت الشرط أن تدخلى الدار بعد اليمين فقالت المرأة بل قلت إن كنت دخلت فيما مضى فأنت طالق فالقول قول الزوج. والفرق بين هذه الصورة وصورة المجاز أنهما اختلفا فى الإرادة فى صورة المجاز وهنا اختلفا فى إيقاع اللفظ .

﴿ و ﴾ إذا اختلفا فى حصول الرجعة وعدمها فالقول ﴿ لمنكر الرجعة ﴾ منهما إذ الأصل عدمها فإن ادعت الرجعة هى فالقول للزوج والبينة عليها أو يمينه على القطع إذ هى على فعله . وإن ادعى الزوج الرجعة وأنكرت الزوجة فعليها اليمين وتكون على العلم لأنها على فعل غيرها فتحلف ماتعلم ولا تظن أنه قد راجعها وهذا إذا وقع التناكر فى حصول الرجعة ﴿ بعد التصادق ﴾ بينهما ﴿ على انقضاء العدة ﴾ ولا فرق بين أن يكون المنكر الزوج أو الزوجة فالبينة على مدعيها لأن الأصل عدمها ﴿ لا ﴾ إذا اختلفا فى وقوع الرجعة ﴿ قبله ﴾ أى قبل أن يتفقا على انقضاء العدة بل قال قد راجعتك فقالت إن العدة قد انقضت فحيث العدة بالأشهر أو الولادة فالبينة عليها بعدلين فى الأشهر وعدلة فى الولادة ولا يمين عليها لأن بينتها محققة فلا تؤكد باليمين، وإن كانت العدة بالحيض ﴿ فلمن سبق ﴾ بإنشاء الدعوى منهما سواء كان عند الحاكم أو فى ذات بينهما فإن سبق هو فالقول له فى عدم انقضاء العدة وإن سبقت هى بدعوى انقضائها فالقول لها وهذا حيث يكون التداعى ﴿ فى ﴾ المدة الممكنة ﴿ المعتادة ﴾ لانقضاء العدة فى مثلها كثلاثة أشهر فالقول قول من سبق فإن اتفق كلاهما فى حالة واحدة أو التبس فالقول قولها فى الانقضاء لأنها مخبرة عن أمر ماض . فإن علم تقدم أحدهما ثم التبس فالأصل عدم انقضاء العدة وثبوت الرجعة .

﴿ و ﴾ إن كانت المدة لا تنقضى العدة فى مثلها إلا نادراً فالقول ﴿ للزوج فى ﴾ عدم انقضاء العدة وصحة الرجعة فى تلك الحال ﴿ النادرة ﴾ ولو كانت معتادة لها فإن الرجعة تصح أيضا إلا أن تبين على حصول الثلاث الحيض فى المدة المذكورة بطلت الرجعة.

قال فى شرح الفتح وحاشية السحولى : والنادرة من تسعة وعشرين إلى دون ثلاثة أشهر ، والمعتادة ثلاثة أشهر فصاعدا .

﴿ فرع ﴾ وإذا أنكرت صحة الرجعة بعد مضى العدة ثم أقرت بصحتها لم يصح إقرارها سواء كان بعد تصديق الزوج لها على عدم صحتها أو قبل تصديقها لأنه رجوع عن الإقرار منها بالبينونة ، ولا يصح الرجوع عن الإقرار بذلك كما سيأتى فى الإقرار[1]

﴿ و ﴾ إذا اختلفا فى مضى العدة وعدم المضى فالقول ﴿ لمنكر مضيها ﴾ وسواء كانت العدة بالشهور أم بالولادة أم بالإقرار فى مدة غير معتادة وغير ممكنة ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من أن تدعى المرأة انقضاء عدتها بالأقراء فى مدة ممكنة معتادة كثلاثة أشهر فإن القول قولها مع يمينها عندنا حيث لم يسبق الزوج ، والبينة عليه لأجل استحقاقه مثل نفقة العدة فى المخالعة .

﴿ فإن ادعاه الزوج ﴾ أى كان هو المدعى لانقضاء المدة لتسقط نفقتها وهى منكرة لانقضائها ﴿ حلفت فى دعوى ﴾ الزوج ﴿ انقضاء ﴾ ذلك ﴿ الحيض الآخر ﴾ وهو الثالث ﴿ كل يوم مرة ﴾ من بعد الثلاث إلى تمام العشر . فإن كان المدعى لانقضاء العدة ورثة الزوج يعنى أن العدة انقضت قبل موته لئلا ترث فى الرجعى وهى منكرة لانقضائها حلفت مرة واحدة لا أنهم يحلفوها كل يوم مرة كما توهم ابن مفتاح رحمه الله فى شرحه ، فلا معنى له .

فإن تعلقت دعوى الزوج بانقضاء جملة العدة وأنكرت ﴿ و ﴾ جب عليها ﴿ فى إنكارها الجملة ﴾ يعنى جملة العدة أن تحلف مرة وبعد أن تحلف المرة الأولى يتركها من التحليف ويحلفها بعد ﴿ كل شهر مرة ﴾ قال العلامة محمد بن على المجاهد رحمه الله « صوابه فى كل تسعة وعشرين مرة » مادامت منكرة ، فإذا أقرت بحيضة قدرت لها

---

(١) فى فصل (٣٦٣) فى شرح قوله (أو ما صودق فيه غالبا) اهـ .

عشراً طهراً وثلاثاً حيضاً وعشراً طهراً وثلاثاً حيضاً يكون ستة وعشرين يومًا، ثم تحلف فى ستة وعشرين يومًا مرة واحدة ثم تقدر لها ثلاثاً حيضاً وعشراً طهراً وثلاثاً حيضًا تكون ستة عشر يومًا ثم تحلف فى ستة عشر يومًا ما دامت منكرة لأنه يجوز مضى باقى العدة فى مثلها . فإذا أقرت بالحيضة الثانية قدّرت لها عشراً طهراً وثلاثاً حيضاً تكون ثلاثة عشر يومًا ثم تحلف فى ثلاثة عشر مرة، ثم يحلفها فى كل ثلاثة أيام مرة حتى تقر بالحيضة الثالثة فإن أقرت بها ولم تخبر بأنها قد انقضت فبعد ثلاثة أيام كل يوم مرة إلى مدة أكثر الحيض وهو عشرة أيام » .

﴿ فرع ﴾ وإذا ادعى الزوج انقضاء العدة بالأشهر لكونها ضهياء وأنها لم تحض أصلا وقالت الزوجة بل العدة باقية وإنى من ذوات الحيض وإنما انقطع الحيض لعارض ومرادها أنها تربص إلى الستين سنة فإن القول للزوج لأنه منكر للحيض من الأصل والأصل عدمه والبينة عليها أنها قد كانت من ذوات الحيض .

﴿ وتصدق ﴾ مع يمينها ما لم يغلب فى الظن كذبها ﴿ مَن ﴾ ادعت أن زوجها مات عنها أو طلقها أو فسخها[1] أو ارتد وانقضت عدتها و ﴿ لا منازع لها ﴾ ولو حسبة ﴿ فى وقوع الطلاق ﴾ ونحوه ﴿ وانقضاء عدتها ﴾ قال فى شرح الإبانة : وسواء علم النكاح من جهتها أم من جهة غيرها لأن اليد لها على نفسها مع عدم المنازع . قال فى شرح النجرى: فلو رجع زوجها الأول وأنكر الطلاق كانت كامرأة المفقود بعد الشهادة على موته؛ يعنى أن النكاح الثانى باطل فتستبرأ منه وتعود إلى الأول ما لم تبيّن بوقوع الطلاق أو نحوه .

(١) لا إذا ادعت أنها هى التى فسخت فلا يقبل قولها إلا ببينة لأنه تقرير لفعلها اهـ .

﴿١٨٢﴾ باب الظهار

هو لغة مأخوذ من الظهر لأن صورته الأصلية أن يقول لزوجته أنت على كظهر أمى، وخص الظهر لأنه موضع الركوب والمرأة مركوب الزوج، وكان طلاقاً فى الجاهلية كالإيلاء فغيّر الشارع حكمه إلى تحريمه بعد العود حتى يكفّر . وحقيقته فى الاصطلاح: لفظ مخصوص يوجب تحريم الاستمتاع والنظر لشهوة، يرتفع بالكفارة أو مافى حكمها قبل الوطء بعد العود . فقوله لفظ مخصوص يحترز من الكتابة والإشارة من الأخرس فلا يصح بهما تشبيهاً له بالشهادة ، وقوله يرتفع بالكفارة أو ما فى حكمها يحترز من الظهار المؤقت وهو انقضاء الوقت . وقولنا قبل الوطء يحترز من الإيلاء فالكفارة فيه بعد الوطء .

﴿ فصل ﴾

﴿ صريحه قول ﴾ زوج ﴿ مكلف ﴾ أى بالغ عاقل فلا يصح من الصبى والمجنون ظهارهما ويصح عندنا من السكران ﴿ مختار ﴾ فلا يصح من المكره مالم ينوه كطلاقه ﴿ مسلم ﴾ ولو عبداً فلا يصح من الكافر عندنا لأن الكفارة لا تصح منه وهى الرافعة للتحريم ﴿ لزوجة ﴾ فلا يصح من المرأة مظاهرة الرجل ولا يصح من الرجل مظاهرة الأجنبية ولو كان وكيلا فلا يصح التوكيل بالظهار ولا التمليك لأنه محظور، ولا يصح مظاهرة مملوكته وأم ولده . ويعتبر أن تكون الزوجة ﴿ تحته ﴾ فلا يصح مظاهرة المطلقة ولو رجعياً والمفسوخة ، ومن قال إن الطلاق يتبع الطلاق صحّح ظهار المعتدة من الرجعى . ويصح الظهار لزوجة تحته ﴿ كيف كانت ﴾ سواء كانت كبيرة أم صغيرة ولو حملاً حرة أم أمة مدخولة أم غير مدخولة ممن تصلح للجماع أم لا .

ولفظ صريحه أن يقول الزوج لزوجته ﴿ ظاهرتك أو أنت مظاهرة ﴾ فهذان

صريحان فى الظهار ﴿أو يشبهها﴾ جميعها بجزء من أمه كأنت علىّ كظهر أمى أو قال أنت كظهر أمى بحذف حرف الصلة ﴿ أو جزءاً منها ﴾ معلوما أو غير معلوم ﴿ بجزء من أمه نسباً ﴾ فإنه صريح فى الظهار ولو كانت الأم ميتة ، قال الإمام عليه السلام : وقلنا بجزء من أمه احترازاً من أن يشبهها بأمه جملة نحو أن يقول أنت علىّ كأمى أو مثل أمى فإن هذا كناية . وقلنا نسباً احترازاً من أن يشبهها بغير أمه من النسب كالأم من الرضاع فإنه لا يكون ظهاراً ، وكذا لو شبهها بجزء من أخته أو جدته أو أجنبية لم يكن ظهاراً عندنا .

نعم ؛ ويقع الظهار الصريح بأن يشبهها بجزء من أمه ﴿ مشاع ﴾ نحو أن يقول أنت علىّ كنصف أمى أو كربعها أو نحو ذلك ﴿ أو عضو ﴾ كيد أو فخذ أو رجل ، مثال ذلك أن يقول: أنت علىّ كفخذ أمى أو يدها أو نحو ذلك ﴿ متصل ﴾ كما مثلنا احترازاً من المنفصل كاليد المبانة والرجل ونحوهما فلا يقع به الظهار لو قال كيد أمى المبانة، أويدك المبانة علىّ كيد أمى وقد أبينت يد زوجته ، وكذا لايقع لو شبهها بالدم والريق من أمه ونحوهما، إلا أن يشبهها بالروح فيقع الظهار لأن الروح كالعضو. وعلى الجملة فما لا يصح إيقاع الطلاق عليه من أجزائها لا يصح إيقاع الظهار عليه .

﴿ ولو ﴾ شبهها بجزء من أمه لا تحله الحياة ﴿ شعراً أو نحوه ﴾ كالظفر والسن ونحوها فإنه يقع ـ بذلك التشبيه ـ الظهار ، ويعتبر أن يكون المشبَّه والمشبَّه به متصلا فى كليهما تحله الحياة أيضاً لا بعد انفصاله فإنه لايقع به التحريم ﴿ فيقع ﴾ الظهار بما مر مع معرفته بمعناه بأن يكون من العلماء أو قد سألهم أو جالسهم ﴿ ما لم ينو غيره أو ﴾ ينو ﴿ مطلق التحريم ﴾ لم يقع شيئاً ولا بد من مصادقة الزوجة إذا نوى غيره فى جميع الصور. والمراد بالمصادقة عدم المنازعة .

﴿ واعلم ﴾ أن فى صريح لفظ الظهار وجوهاً ثمانية :

﴿الأول﴾ أن ينوى بذلك اللفظ الظهار أو التحريم الخاص الذى يرتفع بالكفارة

قبل الوطء فيلزمه حكمه وهذا لا يقع إلا من عارف بمعنى الظهار بأن يكون من العلماء أو قد سألهم أو جالسهم حتى عرف معناه لا من غيره فلا يقع .

﴿ الثانى ﴾ ألا تكون له نية رأساً فهذا مع الصريح يكون ظهاراً عندنا مع معرفته لمعناه، وأما فى الكناية فلا يلزمه شيء .

﴿ الثالث ﴾ أن ينوى به التحريم المؤبد الذى لا يرتفع كالأم فلا يكون ظهاراً ولا يلزمه كفارة يمين لأنه ليس من كنايات الأيمان . لأن كنايات الأيمان محصورة. قال الفقيه يوسف وهذا هو المسمى بتحريم العين، وفى تسميته بذلك تسامح إذ لا توصف العين بالتحريم ولذا حملناه على ما ذكر . ويحمل ظهار العوام عليه لأنهم لا يعرفون الظهار ولا تجب عليهم كفارة يمين، ومن نوى به الطلاق كان طلاقا .

﴿ الرابع ﴾ أن ينوى به التحريم المطلق يعنى نوى به التحريم مطلقا ولم يرد به التحريم المؤبد ولا الذى يرتفع بالكفارة ولا اليمين ولا تحريم الوطء ولا الطلاق فهذا لا يكون ظهاراً ولا يميناً ولا طلاقا .

﴿ الخامس ﴾ أن ينوى به تحريم الوطء فهذا أيضاً لا يكون ظهارا ولا يمينا، ذكره الإمام عليه السلام فى الغيث وهو المختار .

﴿ السادس ﴾ أن ينوى به الطلاق فيكون طلاقا ويلزمه حكم الظهار والطلاق معاً إذا لم تصادقه الزوجة على نية الطلاق إذ لو صادقته وقع الطلاق فقط. قال فى الزهور: فإن قيل كيف يكون مظاهرا مطلقا فى حالة واحدة ، فالجواب أن حكم الظهار يلزم لظاهر لفظه وحكم الطلاق يلزم لإقراره .

﴿ السابع ﴾ أن ينوى به الكرامة لزوجته مثل أمه لم يكن شيئا .

﴿ الثامن ﴾ أن ينوى به اليمين لم يكن يميناً لأنه ليس من كنايات الأيمان .

﴿ فرع ﴾[1] وكلما نواه مما تقدم فهو مقبول فيه فى الكناية مطلقا وفى الصريح

(١) نقلا عن البيان وهامشه مع المسئلة التى تليه اهـ .

فيما بينه وبين الله تعالى لا فى الظاهر فيلزمه حكم الظهار إذا كان يعرف معناه وحكم الطلاق لكن لا ترافعه المظاهرة إلا بعد عودها إليه برجعة أو بعقد جديد فى مدة الظهار .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا قال أنتِ على حرام ونوى به الظهار أو الطلاق أوكليهما صحت نيته وإن لم ينو شيئاً كان يميناً كما يأتى فى الأزهار . وكذا قوله أنت علىّ حرام كظهر أمى مانوى به صح، وإن لم ينوِ به شيئا كان يميناً لأن قوله كظهر أمى تأكيد لقوله أنت على حرام، وإن قال أنت كظهر أمى حرامٌ فهو ظهار لأن قوله كظهر أمى صريح ظهار. وقوله حرام تأكيد له .

﴿ وكنايته ﴾ أن يقول انت على ﴿ كأمى أو مثلها ﴾ أى مثل أمى ﴿ أو فى منازلها ﴾ أ﴿ و ﴾ أنت على ﴿ حرام فيشترط النية ﴾ فى جميع هذه الألفاظ ، فإن نوى به الظهار كان ظهاراً وإن لم ينوه لم يكن ظهارا، وهذا بخلاف الصريح ففى الصريح إذا لم ينو شيئا كان ظهارا وهنا لا يقع شىء إلا فى لفظ التحريم يكون يمينا حيث لم ينوِ شيئا .

أ﴿ و ﴾ صريح الظهار وكنايته ﴿ كلاهما كناية طلاق ﴾ لا العكس فإذا نوى بأيهما الطلاق كان طلاقا لكن فى الصريح لا يسقط عنه حكم الظهار فى ظاهر الحكم إن لم تصادقه الزوجة، فأما بينه وبين الله تعالى فيسقط .

﴿ و ﴾ من أحكام الظهار أنه ﴿ يتوقت ﴾ عندنا نحو أن يقول أنت على كظهر أمى شهرا أو نحو ذلك فإنه يصير مظاهرا ويرتفع حكمه بانقضاء الوقت أو بالكفارة قبله ويصح أن يظاهر فى النهار دون الليل ولا تطالبه بالليل وكذا العكس، وله أن يطأها فى الوقت الذى لم يظاهر فيه .

﴿ و ﴾ من أحكامه أنه ﴿ يتقيدبالشرط ﴾ فيوقف على حصول ذلك نحو أن يقول: إن جاء زيد فأنت علىّ كظهر أمى فإنه متى جاء زيد وهى غير مطلقة أو مفسوخة صار مظاهرا وإلافلا، وهى الحيلة فيطلقها رجعيا قبل حصول الشرط وهو مجىء زيد. قال فى

حاشية السحولى : فإن كان الشرط بكلما فعلت كذا فأنت مظاهرة فالحيلة فى رفعه على أصل المذهب أن يقول أنت طالق قبيل أن يقع عليك الظهار المشروط فيتمانعان فلا يقع ظهار ولا طلاق ، قلت وكذا إذا كان الشرط بغير كلما فالحكم واحد .

﴿ و ﴾ يصح أن يقيد الظهار بـ ﴿ الاستثناء ﴾ نحو أن يقول أنت علىّ كظهر أمى إلا أن يجىء زيد أو إلا أن يكره أبوك أو نحو ذلك ففى الصورتين لا يكون مظاهرا إلا بتحقق عدم المستثنى فإن تحقق العدم صارت مظاهرة من يوم الإيقاع بطريق الإنكشاف ﴿ إلا ﴾ حيث قيده ﴿ بمشيئة الله تعالى فى الإثبات ﴾ نحو أن يقول أنت علىّ كظهر أمى إن شاء الله لم يصح الظهار لأنه علقه بمشيئة الله تعالى وهو لا يشاء لكونه محظورا . وقوله فى الإثبات يحترز بذلك من أن يجعل عدم مشيئة الله شرطا فى الظهار فيقع بحصول شرطه وهو عدم المشيئة نحو أن يقول أنت على كظهر أمى إن لم يشأ الله تعالى فيقع بحصول شرطه إذ لا يشاء وقد علق بعدم مشيئته تعالى . وكذا إذا قال أنت على كظهر أمى إلا أن يشاء الله ونوى إلا أن يشاء الله وقوع الظهار فلا فقد استثنى بمشية الله لوقوع الظهار وهو لا يشاء فيقع الظهار . فلو أطلق قوله إلا أن يشاء الله لم يقع الظهار لأن الله يشاء عدمه حكى هذا فى الرياض وفى البيان .

﴿ و ﴾ من أحكام الظهار أنه ﴿ يدخله التشريك ﴾ ويسرى ويتمم كسره نحو أنت على كظهر أمى ثم قال لزوجته الثانية وأنت معها أو مثلها أو شركتك معها ونوى الظهار كان فى الأولى صريحا وفى الثانية كناية ظهار . فإن قال وأنت فقط كان صريحا فيهما فلا يحتاج إلى نية الظهار ما لم ينو غيره كما مر . ﴿ و ﴾ يدخله ﴿ التخيير ﴾ أيضا نحو أن يقول ظاهرتك يافلانة أو فلانة ، أو يقول لنسائه إحداكن مظاهرة أو التبس بعد تعيينه أو ما وقع شرطه فالحكم واحد وهو أنه يصير مظاهرا من إحداهن غير معينة . فأما لو قال لزوجته ظاهرتك أولا لم يقع شىء .

﴿١٨٣﴾ ﴿فصل﴾

فى أحكام الظهار : ﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ يحرم به الوطء و ﴾ الاستمتاع من الزوجة ﴿مقدماته﴾ يعنى مقدمات الوطء وهى التقبيل واللمس والنظر لشهوة منه إليها لا منها إليه فلا يحرم عليها ما لم يؤدِ نظرها إليه إلى نظره إليها لشهوة فلا يجوز ﴿حتى يكفر ﴾ بما سيأتى فمتى كفر جاز له وطؤها. هذا إذا كان الظهار مطلقا فإن كان مؤقتا لم يجز له وطؤها إلا بعد أن يكفر ﴿ أو ينقضى وقت المؤقت ﴾ قبل العود فى الوقت فلو عاد قبل الانقضاء تأبّد التحريم حتى يكفر ولا يفيد خروج الوقت ، فأى هذين الأمرين سبق جاز الوطء بعده ﴿ فإن فعل ﴾ أى وطئ المظاهرة قبل العود والتكفير جهلا بالتحريم أو نسيانا أو غلطا أو تمردا ﴿ كفّ ﴾ عن ذلك وأثم إذا كان متمردا لعلمه بالتحريم ولزمه الاستغفار ولا يجوز له الاستمرار على الوطء حتى يكفر بعد العود ولا تلزمه الكفارة لهذا الوطء ولا يكون عودا .

﴿ و ﴾ إذا وقع الظهار على الزوجة كان ﴿ لها طلب رفع التحريم ﴾ عند الحاكم ولو كانت ناشزة لا الصغيرة والمجنونة فليس لوليهما أن يطالب لهما كما فى الإيلاء ﴿ فيحبس له ﴾ إن امتنع من التكفير ﴿ إن لم يطلق ﴾ فإن طلقها فلا حبس عليه ولا كفارة . قال فى الكشاف ولا شىء من الكفارات يجبر عليها ويحبس إلا كفارة الظهار لأن تركه للتكفير يضر بها .

﴿ و ﴾ حكم الظهار ﴿ لا يرفعه إلا ﴾ أحد أمرين إما ﴿ انقضاء الوقت ﴾ فى المؤقت ﴿ أو التكفير ﴾ بشرط أن يقع ﴿ بعد العود ﴾ فلو وقع قبل العود لم يجزه ولزمته كفارة أخرى فلو مات بعد العود وقبل الوطء لزمت الكفارة من رأس المال.

﴿ و ﴾ العود الموجب للكفارة ﴿هو إرادة الوطء ﴾ الجائز عندنا ولو لم يخل بها ولو كان عاجزا عن الوطء لا إرادة مقدماته فلا يكون عائدا .

﴿ و ﴾ حكم الظهار ﴿ لا يهدمه إلا الكفارة ﴾ حيث كان مطلقا أو مع بقاء وقته فلو ظاهرها ثم طلقها لم ينهدم حكم الظهار إذا راجعها أو عقد بها وهكذا لو طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج آخر أو ظاهرها ثم استبرأها أو ظاهرها ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها لم ينهدم بالإسلام حكم الظهار ، وإذا علق الظهار بشرط ثم طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج ثان فحصل شرط الظهار فإنه يقع لأن التثليث لا يهدم الظهار فكذا شرطه وأما لو حصل شرط الظهار وهي مطلقة أو نحوه انحل بوقوع شرطه .

﴿ و ﴾ الكفارة ﴿ هي عتق ﴾ رقبة مسلمة إن وجدت ولو فاسقة أو قيمتها فإن ملك الرقبة فهو واجد ولو كان محتاجاً إليها . وقوله ﴿ كما سيأتي ﴾ يعني في كفارة اليمين . وضابط المذهب أنه يجزى كل مملوك ولو كان ممثلا به إلا الحمل والكافر وأم الولد ومكاتبا كره الفسخ ﴿ فإن لم يجد ﴾ المظاهر في ملكه ـ قريبا أو بعيدا ـ رقبة يعتقها أو وجد الثمن ولم يجد الرقبة في البريد أو لا يمكنه تملكها مع وجودها أو كان له مال غائب عنه أو هو مقهور عليه ولا يصل إليه إلا بعد أن يفرغ من الصيام ﴿ فصوم شهرين ﴾ بالأهلة وإن نقصت أو ستين يوما إن غم ـ يجزيه عن كفارة الظهار إذا صامهما ﴿ في غير واجب الصوم والإفطار ﴾ . وقوله في غير واجب الصوم يحترز من أن يصوم الشهرين أو بعضهما في الوقت الذي يجب صومه لغير الكفارة كشهر رمضان ولو في السفر وكالنذر المعين فإنه لا يجزيه عندنا . وقوله والإفطار يحترز من أن يصوم بعض هذين الشهرين في الأيام التي يجب إفطارها كالعيدين وأيام التشريق فإن ذلك لا يجزى ، وإنما يجزيه صوم الشهرين عن ظهار امرأته إذا ﴿ لم يطأها فيهما ﴾ فإن اتفق الوطء خلال الشهرين بطل الصوم ولزم الاستئناف وسواء كان الوطء ليلا أم نهارا عامدا كان أم ناسيا .

﴿ و ﴾ يجب أن يصوم الشهرين ﴿ وِلاء ﴾ أي متواليين ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ تقع موالاة بأن يفطر يوماً خلالها أو آخرها أو أكثر ﴿ استأنف ﴾ صيام الشهرين متتابعين

حتما ﴿ إلا ﴾ أن يقع التفريق ﴿ لعذر ﴾ فإنه لا يلزمه الاستئناف ولا يطؤها فى أيام العذر فإن فعل استأنف كما لو وطىء المظاهرة ليلا وله وطء غيرها حال التكفير ، والعذر نحو أن يمرض فيفطر ومن العذر أن يوجب صوم كل اثنين أو كل جمعة فإنه إذا زال عذره بنى على ما قد كان صام ﴿ ولو ﴾ كان العذر الذى أفطر فى الشهرين لأجله ﴿ مرجوا ﴾ زواله و ﴿ زال ﴾ كالمرض العارض وزال فإنه لا يلزمه الاستئناف للصوم ﴿ فيبنى ﴾ فورا على ما كان قد فعل والخلاف فى هذا كالخلاف فى تفريق النذر الذى نوى فيه التتابع .

﴿ فإن تعذر ﴾ عليه ﴿ البناء على الصوم ﴾ بأن عرض له عذر مانع من الصوم قبل أن يتم الشهرين ثم استمر ذلك المانع فلم يمكنه إتمام الصوم ﴿ قيل ﴾ القائل هو الفقيه يوسف ﴿ أطعم للباقى ﴾ من الصوم : مثال ذلك أن يصوم شهرا ثم عرض له علة مستمرة مأيوسة من عطش مستمر أو هرم أو نحوهما منعت هذه العلة الصوم واستمرت فإنه عند الفقيه يوسف يطعم عن الشهر الثانى ثلاثين مسكينا وجبتين أو يعطى كل واحد منهم صاعاً . قال الإمام عليه السلام: وهذه المسئلة عندى فيها ضعف لأن ذلك يخالف عموم الآية الكريمة ويؤدى إلى الجمع بين الأصل والبدل، فالقياس «وهو المختار للمذهب» أن يستأنف الإطعام من أوله . فإن صام المكفر شهرا ثم مات فإنه يجب عليه الإيصاء بإطعام ستين مسكينا من تركته فإن لم يكن فلا شىء .

﴿فرع﴾ ومن أوجب صيام عمره فالمذهب أنه يكون له عذراً فى التكفير بالإطعام وسواء كان النذر متقدما على الظهار أم متأخراً عليه. فإن تعذر عليه العتق والصوم والإطعام فماذا يفعل ؟ قال فى البيان ومثله فى الوابل : لا يجوز له الوطء ولا يلزمه الطلاق ﴿ فإن لم يستطعه ﴾ يعنى إذا ظن من نفسه تعذر الصوم فى الشهرين أو بقول الأطباء أو بلحوق مشقة شديدة عليه ولو أمكن الصوم بعد الشهرين لزوال عذره المانع

من الصوم ﴿ فإطعام ستين مسكينا ﴾[1] يعني يكفّر بإطعامهم سواء كانوا أحراراً أم عبيداً ، وجبتين بإدام حيث كان الإدام معتاداً في الناحية وإلا فلا يجب ﴿أو تمليكهم﴾ صاعاً صاعاً ﴿ كاليمين ﴾ أي كما سيأتي في كفارة اليمين في فصل ٣٢٩ .

﴿ ويأثم إن وطئ فيه ﴾ أي في حال الإطعام قبل الفراغ منه ولا يجزي فيستأنف الإطعام لبطلان السابق بالوطء وهذا هو المختار للمذهب . ﴿قيل﴾ والقائل هو الفقيه حسن ﴿ولا﴾ يجب عليه أن ﴿يستأنف﴾ وقد أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف هذا القول بقيل.

﴿ ولا يجزئ العبد ﴾ ولا المكاتب ﴿ إلا الصوم ﴾ أي لا يجزيه في التكفير العتق ولا الإطعام ولا يصح أن يطعم عنه سيده ولا يعتق عنه . واختلف في قدر صومه فمذهبنا أنه يصوم شهرين كالحر لأنها عبادة كالصلاة وفي الكافي عن الصادق والباقر والناصر أنه يلزمه شهر واحد لأنها عقوبة فينصّف كالحد . قال في الغيث : فإن قيل كيف يصح أن يهدى عن عبده في الحج ولم يصح أن يكفّر عنه هنا . قلت: ان كفارة الظهار مشروطة بالوجود والعبد غير واجد فلم يجزه بخلاف الحج .

﴿ ومن أمكنه ﴾ فعل ﴿الأعلى﴾ من خصال الكفارة كاملاً ﴿في﴾ حال التكفير بـ ﴿الأدنى﴾ من خصالها ﴿ استأنف به ﴾ أي بالأعلى لإمكانه إذ الأدنى كالبدل لا يجزى التكفير به إلا عند التعذر من الأعلى فإذا تمكن من الأعلى وجب التكفير به ولو فعل الأكثر من الأدنى وذلك كأن يكفر بالصوم لتعذر الاعتاق ثم لما صام بعض الشهرين أو كلهما إلا ساعة من آخر يوم تمكن من العتق لزمه الانتقال إلى العتق وهكذا إذا لم يمكنه الصوم فأطعم الستين وجبة إلا واحداً ثم تمكن من صوم الشهرين استأنف التكفير بالصوم فإن لم يتمكن من الأعلى كاملاً حتى فرغ من الأدنى لم يلزمه الاستئناف .

---

(١) والمسكنة فيهم أفضل، وإلا فالمراد أن يكونوا مصرفا للزكاة ولو فقراء ويعتبر فيهم الايمان. وقد تقدم الفرق بين الفقير والمسكين في كتاب الزكاة بأول فصل ٩٣ . اهـ

﴿والعبرة﴾ عندنا فى إمكان الأعلى أو عدمه ﴿بحال الاداء﴾ دون حال الوجوب ، وهذه قاعدة فى جميع العبادات فإذا كان حال وجوبها عليه وهو يوم العود متمكناً من العتق فلم يعتق أو متمكناً من الصوم فلم يصم ثم عزم بعد مدة على التكفير وهو وقت الأداء وقد صار غير متمكن من العتق فإنه يجزيه الصوم ، وكذا إذا لم يتمكن من العتق ولا الصوم أجزأه الإطعام ولا عبرة بتمكنه فيما مضى . هذا مذهبنا .

﴿وتجب النية﴾ على من أراد التكفير لأن فيه شائبة عبادة فينوى عتقه للكفارة وكذا صومه أو إطعامه وتكون مقارنة أو متقدمة بيسير إلا فى الصوم فلا تكون إلا متقدمة لأنه يجب التبييت فى كفارة الظهار ولا يكفى نيته للصوم لتنوعه ﴿ إلا ﴾ أنه يجب ﴿ فى تعيين كفارتى ﴾ مختلف السبب لا فى ﴿ متحد السبب ﴾ نحو أن يظاهر من زوجات ثلاث فيعتق ثلاث رقاب أو يصوم ستة أشهر أو يطعم فإنه هنا لا يجب عليه نية تعيين كل كفارة لظهار كل امرأة بعينها بل يكفى أن ينوى عن الكفارات جملة أو ينوى كل واحد عن واحدة ولو لم يعين ، وكذا لو اختلف ما يكفر به كعتق وصوم فإنه لا يحتاج إلى تعيين ، وهكذا الكلام لو تعددت عليه كفارة القتل ، وأما إذا اختلف السبب نحو أن يكون عليه كفارة عن ظهار وكفارة عن قتل وجب تعيين الأولى منهما وأما الأخرى فلا يجب لأنها قد تعينت بتعيين الأولى ، فإذا صام أربعة أشهر عن كفارة الظهار وعن كفارة القتل لم يجزه حتى يعين النية فى شهرين عن إحداهما بعينها وفى الشهرين الآخرين لا تجب النية عن الأخرى لأنها قد تعينت بتعيين الأولى ، وكذا لو أعتق عبدين عنهما من غير تعيين النية فى إحداهما بعينها لم تجزه .

﴿ فرع ﴾ لو تعددت الكفارات عن ظهار زوجاته وكفّر الأولى بعد إرادة وطء الجميع من غير تعيين فله أن يعينه لإحداهن ولو بالوطء، وإذا تشاجرن قبل التعيين أقرع بينهن ندباً.

﴿ ولا تتضاعف ﴾ أى لا تتعدد الكفارة ﴿إلا بتعدد المظاهرات﴾ لو كان له ثلاث

أو أربع نساء،فظاهرهن جميعاً فتعدد الكفارات بحسبهن ، وسواء ظاهرهن جميعاً بلفظ واحد أو ألفاظ ﴿ أو تخلل العود والتكفير ﴾ معاً بين الظهار الأول والآخر ولو على امرأة واحدة . مثاله أن يظاهر امرأته ثم يعود ويكفر ثم يظاهر منها ثم يعود فتلزمه كفارتان ثم كذلك ، فأما لو لم يتخلل العود والتكفير لم تلزمه إلا واحدة ، وهكذا لو تخلل العود دون التكفير لم يتعدد . قال فى الغيث وإنما لم يكن العود كافيًا كاليمين لأن حكم الظهار باق فهو ظهار واحد فلا يقع الثانى حتى يرتفع الأول بالكفارة إذ تكرر لفظه لا يوجب تكرير حكمه .

﴿١٨٤﴾ باب الايلاء

الإيلاء لغة : هو اليمين ، وشرعاً هو الحلف من الزوجة أربعه أشهر وهو مباح ما لم يقصد الإضرار فليس بمباح .

﴿ فصل ﴾

واعلم أن الإيلاء إنما ينعقد بإثنى عشر شرطًا : ﴿ الأول ﴾ أن يكون ﴿ مَن حلف مكلفًا ﴾ ولو عبداً أو مجبوب الذكر ـ احتراز من الصبى والمجنون فلا يصح إيلاؤهما ويصح عندنا من السكران : ﴿ الثانى ﴾ أن يكون ﴿ مختاراً ﴾ فلا ينعقد من المكره إلا أن ينويه صح . ﴿ الثالث ﴾ أن يكون ﴿ مسلما ﴾ فلا يصح من الكافر ولو ذميًا عندنا . ﴿ الرابع ﴾ أن يكون المولى ﴿ غير أخرس ﴾ فلا يصح من أخرس بالإشارة . ﴿ الخامس ﴾ أن تكون اليمين ﴿ قسماً ﴾ والقسم هو أن يحلف بالله تعالى ولو ملحوناً أو بصفة لذاته كقدرته وعظمته أو بصفة لفعله لا يكون على ضدها كالعهد والأمانة كما سيأتى . قال فى البيان : ويصح ولو بالفارسية لمن يعرفها وهى « خداى بيار » أى والله لا وطئتك . فلو حلف بغير ما تقدم لم يكن إيلاء وذلك كالحرام نحو أن يقول هى علىّ حرام لاوطئتها أربعة أشهر وذلك كاليمين المركبة نحو أن يقول امرأته طالق أو عبدى حر أو ماله صدقة أو عليه صوم كذا إلا وطئ امرأته

أربعة أشهر فإنه لايقع بذلك إيلاء وإن لزم المحلوف به لو جامعها .

﴿ السادس ﴾ بأن يكون قسمه متعلقًا بأن ﴿ لا وطئ ولو ﴾ كان حلفه من الوطء لها ﴿ لعذر ﴾ أوجب تلك اليمين سواء كان العذر يرجع إليه بأن يكون ممن يضره الجماع أو يرجع إلى غيره كالرضيع ونحو ذلك فإنه ينعقد مع ذلك الإيلاء .

﴿ السابع ﴾ أن تكون المرأة المولى منها ﴿زوجة﴾ ولو بنكاح فاسد لا مملوكته أو أجنبية فلا يقع . ﴿ الثامن ﴾ كون الزوجة المحلوف منها ﴿ تحته ﴾ فى الحال ولو ناشزة فلو كانت مطلقة فى الحال ولو رجعيًا لم يصح إيلاؤه منها ، وأما المظاهرة فيصح الإيلاء منها . ومن قال ان الطلاق يتبع الطلاق صحّح الإيلاء من المطلقة رجعيًا .

ومتى آلى من زوجته بالشروط المعتبرة ثبت حكم الإيلاء ﴿ كيف كانت ﴾ سواء كانت حرة أم أمة صغيرة أم كبيرة مدخولة أم غير مدخولة صحيحة أم رتقاء . ويصح الإيلاء من زوجة واحدة ﴿ أو أكثر ﴾ نحو أن يحلف لا وطئ زوجاته . ولو وطئ بعد مضى الأربعة الأشهر أو مات بعضهن فللباقيات أن يرافعن وإذا وطئ واحدة منهن قبل الأربعة الأشهر لم يبطل حكم الإيلاء ولم يحنث ومتى مضت أربعة أشهر ثبت لكل واحدة حق المرافعة سواء نوى الجميع أو أطلق .

﴿ التاسع ﴾ أن الإيلاء ﴿ لا ﴾ يقع ﴿ بتشريك ﴾ نحو أن يحلف لا وطئ فلانة ثم قال وأنت يا فلانة مثلها أو أشركتك معها فإنه لايقع الإيلاء فى حق التى شركها ويقع فى حق الأولى . والوجه فيه أن التشريك كناية واليمين كناياتها محصورة كما سيأتى . أما لو قال وأنت يا فلانة كان موليًا منهما لأنه صريح إذا لم يقل أو معها بل سكت ، وكذا لو خيّر فقال فلانة أو فلانة وقع كما يأتى فى الأيمان .

﴿ الشرط العاشر ﴾ أن يكون حلفه متعلقًا بالوطء أما ﴿ مصرحًا ﴾ بذلك فلا يحتاج إلى نيّة .. مثاله أن يحلف لا جامعها فى فرجها ولو لم يقل فى قُبلها لأنه ينصرف إلى القُبل أو لا غشيها أو لا أدخل ذكره فى فرجها ، أو لا افتضها وهى بكر ولو لم

يقل بذكره لأن العرف فيه أنه يريد بذكره فلا يحتاج إلى ذكره لأنه فى حكم المنطوق به ويدين باطناً فقط ﴿ أو ﴾ يكون ﴿ كانياً ناوياً ﴾ ومثاله لا قرب منها أو لا آتاها أو لا جمع رأسهما وسادة فهذه ونحوها تحتاج إلى نيّة . ﴿ الشرط الحادى عشر ﴾ أن يكون المولى ﴿ مطلقًا ﴾ لعدم وطئه لها كأن يحلف لا وطئها وأطلق ولم يؤقته بوقت ﴿ أو ﴾ كان ﴿ موقتا ﴾ لعـدم وطئه لها إما ﴿ بموت ﴾ الزوجة أو موته أو موت ﴿ أيهما ﴾ فيثبت حكم الإيلاء بذلك ، لا لو وقت بموت غيرها فلا يثبت حكم الإيلاء ﴿ أو ﴾ يكو مؤقّتاً ﴿ بأربعة أشهر فصاعدا ﴾ من يوم اليمين فإنه يكون موليًا لادون الأربعة الأشهر فلا يكون موليًا . فلو حلف منها ثلاثة أشهر ثم فى الشهر الثانى حلف منها كذلك ثم لم يزل كذلك فلا يكون موليًا وإن حصل الضرار لأنه لم يقيّـده بأربعـة أشهر حكاه فى البحر ﴿ أو ﴾ وقّته ﴿ بما يعلم ﴾ أو يظن ﴿ تأخره عنها ﴾ أى أنه لايأتى ذلك إلا بعد مضى الأربعة فإنه يكون موليًا، مثال ذلك أن يقول لاوطئتك حتى تطلع الشمس من المغرب أو حتى تخرج الدابة ، أو حتى ينزل المسيح ، أو حتى يخرج الدجال ، أو حتى يصل فلان وهو فى تلك الحال فى جهة بعيدة لو سار لم يصل إلا لأربعة أشهر فصاعدا أو غير ظان ركوب ما يوصله لدون الأربعـة الأشهر فإنه يكون فى جميع هذه الصور موليًا ويقع الإيلاء ولو وصل فى الحال لأن العبرة بالظن لعدم وصوله لدون الأربعة الأشهر ولها مرافعته بعد مضى أربعة أشهر .

﴿ الشرط الثانى عشر ﴾ أن يكون ﴿ غير مستثن ﴾ باللفظ لا بالنيّة فإن استثنى وكان المستثنى من الإيلاء غير معين فإنه يبطل به الإيلاء مثال ذلك أن يقول لاجامعتك سنة إلا مرة واحدة أو إلا مرتين أو نحو ذلك فهذا لا يكون إيلاء لأنه لم يعلم أن مدة الإيلاء أربعة أشهر فصاعدا لعدم تعيين الوقت المستثنى من الإيلاء ﴿ إلا ﴾ إذا استثنى ﴿ ما تبق معه الأربعة ﴾ صح إيلاء . ومثال الاستثناء الذى يصح معه الإيلاء أن يقول إلا مرة فى شهرى هذا أو فى وسط السنة فإن ذلك لا يفسد الإيلاء بل يصير

موليا بالمدة التى تأتى بعـد مضى المدة التى استثنى فيها لأنه يبقى أربعة أشهر فصاعدا وهكذا لو لم يوقت بسنة بل قال لا وطئتك إلا مرة واحدة فإنه يكون موليا قبل أن يطأها وبعده . قال فى البيان : وإن كان المستثنى معينا كإلا يوم العيـد نظر فيما قبله وفيما بعده فأيهما كان أربعة أشهر فما فوق ثبت الحـكم فيـه وإذا حنث فيما قبله انحلت يمينه .

نعم وإذا آلى من زوجته على الشروط التى تقدمت ﴿رافعته﴾ إلى الحاكم حيث لم يكن قد وطئ فإن كان قد وطئ لزمته الـكفارة وليس لها مرافعته وسـواء كان الحاكم من جهة الإمام أو غيره وكذا فى الظهار بخلاف اللعان لأنه كالحدّ، ولها مرافعته فى الإيلاء ﴿ بعدها ﴾ أى بعد مضى أربعة أشهر فتطالبه برفع التحريم ﴿وإن﴾ كانت ﴿قد عفت﴾ عن المطالبة فلها أن تطالبه بعد العفو ﴿ إن رجعت ﴾ عن العفو ولو كانت ناشزة ﴿ فى المدة ﴾ أى مدة الحلف فإن رجعت بعد مضيها لم يكن لها أن ترافعه بعد ذلك لأنه قد ارتفع التحريم، فإن لم تعف عنه كان لها مطالبته بعد أربعة أشهر ولو قد مضت مدة الإيلاء عندنا .

﴿ و ﴾ إذا آلى من إحدى زوجاته كان لهن ﴿ كلهن ﴾ المرافعة ﴿ مع اللبس ﴾ فى المولَى عنها لأن كل واحدة فى حكم المولى عنها .

﴿فرع﴾ قال فى البيان وإذا آلى مع إحدى زوجاته غير معينة أو معينة والتبست ففى الوجه الأول يحنث بوطء واحدة وفى الثانى لا يحنث إلا بوطء الجميع لأن الأصل براءة الذمة .

واعلم أن ولاية المرافعة فى الإيلاء إلى الزوجة أو وكيلها سواء كانت حرة أم أمة ﴿ الأولى ﴾ الزوجة ﴿ غير العاقلة ﴾ فلا يطالب لصغيرة أو مجنونة ولا السيد عن أمته ، وإذا رافعته إلى الامام أو الحاكم أمره بأن يفىء أو يطلق ﴿فيحبَس﴾ إن امتنع ﴿ حتى يطلق أو يفىء ﴾ أو يفسخ ومتى فعل أحد الثلاثة أطلق من الحبس . ولو طلق

أولا باختياره قبل أن يرافع أو يحبس لم يكن لها المرافعة، فإذا راجع أو عقد بعد العدة أو قبلها في حق البائن كان لها أن ترافعه إذا عادت إليه قبل انقضاء مدة الإيلاء وسواء بقي من مدة الإيلاء أربعة أشهر أو أقل ولو لم يبق إلا ساعة واحدة .

والفيء هو في حق ﴿ القادر ﴾ على الوطء ﴿ بالوطء ﴾ في القبل، وأقله ما يوجب الغسل في الثيب وإذهاب البكارة في البكر، فإذا وطئها ارتفع الإيلاء ، وسواء وطئها عاقلا أم مجنوناً وسواء كانت عاقلة أم مجنونة . ﴿ والعاجز ﴾ عن الوطء لمرض أو كبر سن – ويقبل قوله في دعوى العجز – يفيء ﴿ باللفظ ﴾ بأن يقول فئت عن يميني أو رجعت عن يميني، وإذا فاء باللفظ فإنه لا يحنث يمنى لا كفارة عليه .

﴿ و ﴾ العاجز عن الوطء ﴿ يكافه ﴾ الحاكم ﴿ متى قدر ﴾ على الوطء أو زال عذره من غير العجز كالتحريم لحيض أو نفاس أو إحرام أو نحو ذلك ﴿ ولا ﴾ يجوز للحاكم ﴿ إمهال ﴾ العاجز إذا كانت مدة الإيلاء باقية بعد أن قدر على الوطء أو زال العذر ﴿ إلا ﴾ أن يزول عذر العجز أو التحريم ﴿ بعد مضي ما قيد به ﴾ الإيلاء فإنه يمهله حينئذ ﴿ يوماً أو يومين ﴾ أو أقل أو أكثر على ما يراه الحاكم لأن المسئلة اجتهادية وبعدها يحبس .

﴿ و ﴾ من أحكام الإيلاء أنه ﴿ يتقيد بالشرط ﴾ نحو أن يقسم لا وطئ زوجته أربعة أشهر إن دخلت الدار فإنها متى دخلت الدار وهي زوجته غير مطلقة ولا مفسوخة صار مولياً وكذا لو علق بمشيئة زيد وقع الإيلاء إن شاء زيد في المجلس أو مجلس بلوغ الخبر . فأما لو علق بمشيئة الله تعالى لم يكن مولياً لأن الوطء مباح لا يشاء الله فعله ولا تركه إلا حيث كان يضره الوطء أو يضرها في غير البكارة فإنه يقع لأن الله لا يشاء الامتناع منه إلا إذا أضر وكان المولى يظن استمرار المضرة أربعة أشهر فصاعداً فلو زال الظن قبل الأربعة فقد وقع الإيلاء بالظن الأول . و ﴿ لا ﴾ يقع الإيلاء

بـ ﴿ الاستثناء ﴾ مثال ذلك أن يقول : والله لا وطئتك سنة إلا يوماً أو إلا أن يقدم زيد ونحو ذلك ﴿ إلا ما مرّ ﴾ من الاستثناء الذى يبقى معه أربعة أشهر فإنه يصح معه الإيلاء .

﴿ و ﴾ من أحكام الإيلاء أنه ﴿ لا يصح التكفير ﴾ من المولى - من زوجته - عن إيلائه ﴿ إلا بعد الوطء ﴾ سواء كان قادراً أم عاجزاً ورجع بلسانه .

﴿ فرع[1] ﴾ لو آلى ثم ظاهر أو العكس كفر للظهار ثم وطىء وكفر عن الإيلاء إذ لا تجزى كفارة الإيلاء قبل الحنث . قال فى البيان : وإذا رافعته ألزمه الحاكم بالكفارة عن الظهار والفيء بلسانه عن الإيلاء حتى يخرج كفارة الظهار ثم يؤمر بالوطء .

﴿ و ﴾ من أحكام الإيلاء أنه ﴿ يهدمه ﴾ ولو مشروطاً ﴿ لا الكفارة - التثليث ﴾ فلو آلى من زوجته ثم طلقها ثلاثاً ثم عادت إليه بعد زوج انهدم حكم الإيلاء ولو بقى منه أكثر من أربعة أشهر، وأما الكفارة فلا تهدم بالتثليث بل يلزمه إذا وطىء بعد أن عادت إليه وكانت مدة الإيلا باقية، فإن عادت إليه وقدانقضت فلا يحنث بالوطء والردة لا تهدم حكم مرافعة الزوجة لو عادت إليه فى مدة الإيلاء فأما اليمين فقد سقط حكمها بالإسلام فلا كفارة. حكى معناه فى البحر والكواكب.

﴿ و ﴾ إذا اختلف الزوجان فى وقوع الإيلاء وعدمه كان ﴿ القول لمنكر وقوعه ﴾ منهما مع يمينه والبينة على مدعيه لأن الأصل عدم الإيلاء ﴿ و ﴾ إذا اتفقا فى وقوعه واختلفا فى مضى مدته فالقول قول منكر ﴿ مضىّ مدته ﴾ لأن الأصل البقاء ﴿ و ﴾ كذا إن اتفقا فى وقوعه ومضىّ مدته واختلفا هل وقعت الفيئة بالوطء أم باللفظ فالقول لمنكر حصول ﴿ الوطء ﴾ والبينة على مدعى ذلك .

﴿ و ﴾ إذا قال لزوجته والله لا وطئتك ﴿ سنة ثم ﴾ والله لا وطئتك ﴿ سنة ﴾

(١) يستفاد من شرح النجرى والبيان اهـ .

فإن هذين ﴿ إيلاءان ﴾ اثنان لتكرر القسم فترافعه فى السنة الأولى بعد مضى أربعة أشهر منهـا ثم فى السنة الثانية كذلك، وسواء وطئها فى السنة الأولى أو طلقها ثم راجعها أو تزوجها بعقد جـديد إذا عادت إليه وقد بقى من السنة الثانية شىء. وإن عادت إليه بعد مضيها لم يثبت لها حكم المرافعة فيها وفى السنة الثانية لها مرافعته إذا عادت إليه ولو لم يبق إلا ما يتسع للمطالبة والمرافعة ﴿ لاسنتان ﴾ أى حيث قال والله لا وطئتك سنتين كان إيلاء واحـداً ، وكذا لو قال والله لا وطئتك سنة ثم سنة أو سنة فسنة .

﴿١٨٥﴾ باب اللعان

هو لغةالطرد والابعاد ، مأخوذ من اللعن، لأن اللاعن يقول فى الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الـكاذبين ، والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى : « واللذين يرمون أزواجهم » الآيات[1] وسبب نزولها قصة هلال ابن أمية لـما قذف زوجته خولة بنت عاصم بشريك بن سحما، فقال له النبى صلى الله عليه وآله وسلم « البينة أو حد فى ظهرك» فنزلت الآيات فتلاعنا عنده بعد نزولها وسقط باللعان عنه الحد ، وهـذا هو قول الجمهور .

﴿ مسئلة ﴾ وقذف الزوج لزوجته يجوز مع العـلم بالزنا ولا يجب ذكره فى مهذب الشافعى إذ يلحقه العار فيجب رفع العار عن نفسه بعدم فعل اللعان ، إلا حيث كان ثمة ولد وعلم أنه ليس منه حيث لم يقربها وجب لعدم ثبوت الميراث له فى الشرع، فيجب عليه رفع توهم أنه ليس منه لئلا يرث ، وأما مع الظن فلا يجوز . وأما قذف الأجنبى فلا يجوز ولو علم زناه إلا إذا كان معه أربعة شهود ، ذكور ، أصـول ،

(١) فى سورة النور من آية ٦ إلى ٩ اهـ .

عدول ، يشهدون بالزنى ، أو ثلاثة معه وهو الرابع لأن مدعى الحسبة يصح أن يكون أحدالشهود. واشتراط الذكورة والعدالة والاصالة لثبوت الحد علىالمشهود عليه بالزنى لا لسقوطه عن القاذف فيكفى العدد كما سيأتى فى الحدود. انتهى ملخصاً من البيان وشرح ابن بهران .

﴿ فصل ﴾

﴿ يوجبه ﴾ يعنى يثبته ﴿ رمى ﴾ زوج ﴿ مكلف ﴾ مختار ﴿ مسلم غير أخرس ﴾ ولو سكراناً أوعبداً، فلو كان صغيراً أو مجنوناً أو مكرهاً أو كافراً ورماه بعد العدة أو أخرس لم يصح لعانه . وقد يصح اللعان بين المسلمة وزوجها الكافر حيث ارتد عن الإسلام أو كانا ذميين أو حربيين ثم أسلمت وقذفها فى حال العدة فاشتراط الإسلام إنما هو فى الزوجة. قال فى البيان ما معناه: فيشترط أن تكون بالغة عاقلة حرة مسلمة يمكن وطؤها عفيفة عن الزنى فى الظاهر .

وإنما يجب اللعان بأحد عشر شرطاً :

﴿ الشرط الأول ﴾ أن يكون ﴿ لزوجة ﴾ فلو رمى أمته أو أم ولده أو أجنبية ثم تزوج بها فلا لعان لكن يعزر لقذف الأمة وأم الولد ويحد لقذف الأجنبية .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن تكون تلك الزوجة ﴿ مثله ﴾ أى مثل الزوج فى كونها مكلفة مسلمة غير خرساء .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن تكون الزوجة ﴿ حرة ﴾ جميعها فلو كانت أمة فلا لعان .

﴿ الشرط الرابع ﴾ أن تكون ﴿ ممكنة الوطء ﴾ فلو كانت رتقاء أو بكراً فلا لعان لأنه لا غضاضة عليهما فى القذف لكن يعزر القاذف إلا أن يضيفه إلى دبرهما ثبت اللعان.

﴿ الشرط الخامس ﴾ أن تكون باقية ﴿ تحته ﴾ ولو خرجت ثم عادت ولو بعد زوج .

﴿الشرط السادس﴾ أن تكون تحته ﴿ عن نكاح صحيح ﴾ فى مذهبهما أو حكم الحاكم بصحته فلو كان فاسداً أو باطلا فلا لعان ﴿ أو ﴾ كانت قد خرجت منه بطلاق لكنها ﴿ فى العدة ﴾ فإنه يجب اللعان ولو كانت فى عدة البائن أو فسخ من حينه . فأما لو كانت قد انقضت عدتها ولا ولد لها فلا لعان .

﴿ الشرط السابع ﴾ أن يقذفها ﴿ بزنى ﴾ ولو لغير آدمى ولو فى الدبر فلو رماها بشىء من الفسوق غير الزنا أو بالكفر لم يجب اللعان .

﴿ الشرط الثامن ﴾ أن يرميها بوقوع الزنى ﴿ فى حال يوجب ﴾ الرمىُ فيه ﴿ الحدَ ﴾ وضابطه أن تكون الزوجة ممن يجب عليها الحدّ لأجل الزنى والزوج ممن يجب عليه الحد لأجل القذف ليخرج لو كانت كافرة أو مملوكة فيجب عليها الحد ولا شىء على قاذفها أو كان القاذف صغيراً أو أضاف إلى حال لا يجب فيه الحد حكى معنى هذا فى الزهور نحو أن يقول زنيت وأنت مجنونة أو غالطة أو صغيرة أو مكرهة وقد كانت على ذلك لم يجب اللعان لأنه لاحَدّ عليها ولا عليه فى هذه الحال . وكذا لايجب اللعان أيضاً لو قال لها زنيت وأنت يهودية أو مملوكة وقد كانت على ذلك والقول للزوج ما لم يعلم كذبه .

﴿ ولو ﴾ أضاف الزنى إلى ﴿قبل العقد﴾ له بها مهما كانت حال القذف تحته ﴿أو﴾ لم يرمها بالزنى لكنه وقع منه ﴿ نسبة ولده منها ﴾ أو ولدها من غيره ﴿ إلى الزنى مصرحاً ﴾ نحو أن يقول هذا الولد زنيت به أو هذا الولد من زنى فيجب اللعان بينهما. فأما الكناية فلا تكفى فى وجوب اللعان فلو قال هذا الولد ليس بابنى لم يجب اللعان بمجرد هذا اللفظ ويحد للقذف لأنه يحتمل أنه أراد من زوج آخر إلا أن يفسره بالصريح وجب اللعان .

﴿ قيل ﴾ هذا القول أخذه الفقيه حسن والفقيه يوسف من ظاهر قول الإمام الهادى عليه السلام وهو أنه إذا نسب ولدها منه إلى الزنى فإنه يثبت اللعان ﴿ولو﴾ كان

ذلك الرمى منه لها ﴿بعد الطلاق﴾ وبعد انقضاء ﴿ المدة ﴾ لوجود الولد بينهما بخلاف ما لو رماها بالزنى فقط بعد المدة لم يجب اللعان وإنما يجب الحد للقذف . والمختار أنه لافرق سواء كان ثم ولد بينهما أم لافلا يصح اللعان بعد انقضاء العدة لأنها قدصارت بعد انقضائها أجنبية عنه فيثبت القذف وقد أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف ما أخذه الفقيهان بقوله قيل .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط التاسع ﴾ أن يكون ﴿ ثم إمام ﴾ فى البلد التى تليه أو من يقوم مقامه ممن ولايته مستندة إليه .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط العاشر ﴾ أن ﴿ لا ﴾ يكون للزوج ﴿ بيّنة ﴾ وتقام الشهادة ولو هو أحدهم إذ لو كان للزوج بينة وجب عليها الحد وليس له طلب اللعان .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الحادى عشر ﴾ أن ﴿ لا ﴾ يكون ثم ﴿ إقرار ﴾ من الزوج بالولد ولا من المرأة بالزنى فلو أقر الزوج بالولد أو المرأة بالزنى فلا لعان بينهما واعتبار هذين الشرطين الآخيرين لازم ﴿ فيهما ﴾ أى فى اللعان لأجل نفى الولد ولسقوط الحد عن القاذف وإلا لم يجب اللعان ﴿ ومنه ﴾ أى ومما يوجب اللعان قول القائل لزوجته ﴿ يا زانيـة ﴾ لأنه رمى لها بالزنى كما لو قال أنت زانية فلو قال ما أظنك إلا زانية أو أظنك زنيت لم يكن قاذفا لها لأنه لم يقطع باليقين إذ أنه أخبر عن ظنه بأنها تزنى . وكذا إذا قال لها قالوا أو قال فلان إنك زنيت . وكذا لو قال يا زانية فقالت زنيتُ بك أو زنيتَ بى فلاحدّ ولا لعان. والوجه فيه أنه قد يُسمى وطء الزوجة زنًى على طريق المجاز ممن كثرت وقاحته . فأما لو كانا أجنبيين ففى قولها زنيت بك لاحد على واحد منهما لأنه قد قذفها وصدقته فسقط عنه حد القذف وسقط عنها حدّ الزنى لأنها لم تقر إلا مرة ولم يلزم أن تكون قاذفة لأنها أضافت الزنى إلى نفسها ولعله كان مكرهاً أو نائما حملا على السلامة . وأما قولها زنيتَ بى فيكون كل منهما قاذفا لصاحبه فيلزم حد القذف لأنها لم تصدقه بل أضافت الزنى إليه ويحتمل أنها مكرهة

فلا يحد للزنى إما لأنها لم تقر إلا مرة واحـدة أو لأنه يحتمل الإكراه ولو أقرت أربع مرات .

﴿١٨٦﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان من يبتدئ بالمطالبة باللعان وفى بيان غرضه وصفته : أما من له المطالبـة فالمطالبة تثبت لـكل واحد منهما ، وأما غرضه فقد بيّنه الإمام عليـه السلام بقوله ﴿ ويطلبه الزوج ﴾ لأحـد غرضين إما ﴿ للنفى ﴾ أى لنفى نسب الولد منـه ﴿ و ﴾ إما لأجل ﴿ إسقاط الحق ﴾ الثابت بالزوجيـة من النفقة والـكسوة وغير ذلك لأنه إذا طلقها لزمته الحقوق فى العدة . وإذا فسخها باللعان سقطت عنـه الحقوق فى العدة فله أن يطالب باللعان لأحد الغرضين .

﴿ وهى ﴾ يعنى الزوجة تطلب اللعان لأحد غرضين إما ﴿ للنفى ﴾ للولد من الأب وتصير عصبته عصبة أمه عقلاً لا نـكاحًا وإرثًا ونسبًا . وينقطع حكم الأبوة بينـه وبين من نفاه . قال فى الدرر وشرح النكت: ولا يلحق نسبه نسب أمـه فلو كانت هاشميـة لم يكن هاشميًا ولا يرث إلا ميراث ذوى الأرحام ﴿ و ﴾ إما لإثبات حد ﴿ القذف ﴾ على الزوج .

نعم . وأما تبيين صفة اللعان ﴿ فيقول ﴾ لهما ﴿ الحاكم ﴾ أو نائبـه أو الإمام ﴿ بعد ﴾ أن أحضرهما ووعظهما وخوفهما من الإقدام على اللعان ، و ﴿ حثهما على التصادق ﴾ ندبًا كما روى عنه صلى الله عليـه وآله وسلم أنه وعظ كل واحد من المتلاعنين وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة. وفى حديث آخـر قال : « الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما من تائب » ثلاثًا متفق عليهما . وإذا حثهما على التصادق ﴿ فامتنعا ﴾ فإنه يبدأ بتحليف الزوج فإن حلف بغير تحليف لم يعتد به فيقول له الإمام أو حاكمه ﴿ قل والله إنى لصادق فيما رميتك به من الزنى ونفى ولدك

هذا ﴾ فإذا قال ذلك أمره أن يكرر ذلك ﴿ أربعاً ﴾ وهذا حيث يكون ثم ولد فإن لم يكن ثم ولد كفى أن يقول فيما رميتك به من الزنى . ﴿ ثم ﴾ إذا فرغ من تحليف الزوج أمر الزوجة أن ﴿تقول والله﴾ أو أى ألفاظ القسم المعروفة ﴿ إنه لمن الكاذبين فى رميه ﴾ لى بالزنى ﴿ونفيه﴾ لهذا الولد ﴿ كذلك ﴾ أى تكرر ذلك أربعًا ﴿والولد﴾ فى حال التحليف ﴿ حاضر ﴾ فى حجر المرأة ندباً ﴿ مشار إليه ﴾ إن كان هناك ولد منفى . قال الإمام عليه السلام: والأقرب أنه لا يجب إحضار الولد المنفى إن أمكن تمييزه من دون حضوره وإلا وجب فإن نكلت عن اليمين فيكفى امتناعها مرة واحدة فى وجوب الحد عليها وإذا رجعت إلى اللعان قبل كمال الحد عليها قبل منها وكذلك حكم الزوج ذكر معناه فى البيان .

﴿ نعم ﴾ ويجب تقديم الزوج فى التحليف على الزوجة ﴿ فإن قدمها أعاد ﴾ أيمانها فقط وإن قدمها ولم يكن الزوج قد حلف ابتدأ الزوج واستأنفت . هذا ﴿ مالم يحكم ﴾ فإن كان قد حلف سهواً أو غلطاً أو هو مذهبه نفذ فإن كان عمداً لم يصح ﴿ ثم ﴾ بعد كمال التحليف ﴿ يفسخ ﴾ الحاكم بينهما ولا يتعين لفظ الفسخ بل يكفى قوله لا يجتمعان أبداً . لأنه روى الدارقطنى عن سهل بن سعد فى قصة المتلاعنين « ففرق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بينهما وقال لا يجتمعان أبداً » أو يقول رفعت النكاح بينكما ﴿ ويحكم بالنفى ﴾ إن كان ثم ولد وإنما يحكم بالفسخ والنفى ﴿ إن طلب ﴾ منه ذلك ولو من أحدهما فقط فلو لم يطالب بالحكم لم يحكم فإن حكم من دون طلب صح وللحاكم أن يقول اطلب الحكم منى ولا يكون تلقيناً ﴿ فيسقط الحد ﴾ عنهما متى حكم الحاكم بالنفى والفسخ . قال فى حاشية السحولى: أما إذا كملت الأربع فإنه يسقط الحد من غير حكم ﴿ وينتفى النسب ﴾ إن كان ثم ولد ﴿وينفسخ النكاح﴾ بينهما ﴿ ويرتفع الفراش ﴾ كارتفاعه بالطلاق البائن ﴿ وتحرم ﴾ عليه تحريماً ﴿مؤبداً﴾ وهذه الأحكام الخمسة لا تثبت إلا بعد كمال الأيمان الأربع من كل واحد على الترتيب

وبعد الحكم بالنفى والفسخ إلا سقوط الحد فبعد كمال الأيمان الأربع ﴿ لا بدون ذلك ﴾ فلا يثبت واحد منها ﴿ مطلقا ﴾ يعنى سواء انضم إلى دون الأيمان الأربع حكم أم لا .

﴿ و ﴾ إذا نفى الزوج ولداً ثم فرق الحاكم بينهما ثم ولدت آخر فإنه ﴿ يكفى ﴾ هذا اللعان ﴿ لمن ولد بعده ﴾ أى بعد الوضع ﴿ لدون أدنى الحمل ﴾ إذا نفاه الزوج أو لم يُقرّ به فإن أقرّ به حُدّ لقذف الزوجة إن طلبته ولزمه الولدان لأنه حمل واحد ﴿ و ﴾ لو نفى ولداً ثم وقع اللعان بينهما والحكم بالنفى ثم أكذب نفسه بعد ذلك وأقر بالولد فإنه ﴿ يصح الرجوع ﴾ من الزوج ﴿ عن النفى فيبقى ﴾ من تلك الأحكام الخمسة التى تثبت بعد الحكم ﴿ التحريم ﴾ المؤبد ويبطل باقيها .

﴿ فإن رجع ﴾ الزوج وأكذب نفسه ﴿ بعد موت ﴾ الولد ﴿ المنفى لم يرثه ﴾ هذا الأب اللاعن ﴿ قيل ﴾ والقول لبعض المذاكرين ﴿ وإن لحقه ولده ﴾ أى إذا كان للولد المنفى ولد لحق نسبه بالأب اللاعن وكان جدًّا لابن المنفى ولا يرث منه شيئاً لأنه أقر بحق له وهو الإرث فلا يصادق ويحق عليه وهو لحوق النسب فيصح إقراره. قال الإمام عليه السلام وفيما ذكر ضعف لأنه خلاف ماحكاه أبو جعفر فى شرح الإبانة عن الإمام الهادى لأنه قال إن لم يكن للولد المنفى ولد لم يثبت نسبه ولا ميراثه وإن كان له ولد ثبت نسبه وميراثه لأن النسب أصل والميراث فرع وإذا ثبت الأصل ثبت الفرع. هذا هو المختار للمذهب .

﴿ ولا ﴾ يصح من الرجل ﴿ نفى ﴾ الولد ﴿ بعد الإقرار ﴾ به وسواء علم أن له نفيه أم لا فيثبت نسبه بعد الإقرار وإن نفاه من بعد لم ينتف ويحد لقذف المرأة وليس له أن يلاعنها لأجل سقوط الحد عليه ﴿ أو ﴾ نفى الولد بعد ﴿ السكوت حين العلم به و ﴾ قد علم ﴿ أن له النفى ﴾ وعلم أن التراخى بعد العلم بالأمرين مبطل للنفى فإذا علم بهذه الثلاثة الأمور لم يكن له نفى الولد بعد وسواء سكت سكوت مستبشر

أو سكوت مفكر وخرج من المجلس ولم ينفه وإلا فله النفى فى المجلس قبل الإعراض منهما . وأما إذا سكت حين علم بحدوث الولد ولم يعلم أن له نفيه كان له نفيه متى علم أن له النفى ولو بعد زمان طويل من وقت الولادة وثبت اللعان بينهما .

﴿ ولا ﴾ يصح نفى الولد ﴿ بدون حكم ولعان ﴾ فلو تصادق الزوجان على نفى الولد لم ينتف ، وكذا لو التعنا ولم يقع بينهما حكم أو حكم الحاكم من دون لعان لم يصح النفى ﴿ ولا ﴾ يصح النفى ﴿لمن مات أو﴾ مات ﴿أحد أبويه﴾ أو الإمام ﴿قبل الحكم﴾ بالنفى بل يثبت نسب الولد والميراث . ﴿ ولا ﴾ يصح النفى أيضاً ﴿ لبعض بطن دون بعض ﴾ فلو ولدت المرأة توأمين لم يصح نفى أحدهما دون الآخر ويتلاعن الزوجان لأجل القذف وكما مرّ قريباً لو نفاهما جميعًا ثم مات أحدهما قبل الحكم وكما مرّ أيضاً لو نفى ولداً لها وحكم بالنفى ثم جاءت بولد لدون ستة أشهر من يوم الوضع الأول المنفى فإنه يكون منفيًا بنفى الأول وقد مرّ وإن أقرّ بالثانى ثبت نسب الأول أيضاً كما تقدم .

﴿ ولا ﴾ يصح النفى أيضاً ﴿ لبطن ثانٍ ﴾ غير هذا المنفى إذا ﴿لحقه بعد اللعان﴾ فلو وقع اللعان بنفى الولد وحكم الحاكم ثم جاءت بولد بعد ذلك لستة أشهر فصاعدا من وضع الأول إلى أربع سنين من يوم الحكم لحقه هذا الولد لمكان الفراش الأول ويحمل على أنه وطئ قبل تفريق الحاكم إما قبل اللعان أو بعده لأن أحكام الزوجية باقية بينهما حتى يحكم الحاكم ولم يصح نفى هـذا الولد بحال من الأحوال . قال فى الكواكب والبيان : « بناء على أنها لم تقر بانقضاء العدة » ، « أو بعد إقرارها وقبل مضى ستة أشهر من إقرارها فيلحق بالزوج لأن فراشه باقٍ كما فى الطلاق البائن » .

﴿ ويصح ﴾ من الزوج النفى ﴿ للحمل ﴾ حال الحمل ﴿ إن وضع ﴾ ذلك الحمل ﴿ لدون أدنى مدته ﴾ وهذا مع اللبس وأما إذا علم وجود الحمل صح النفى فإذا ولدت لدون ستة أشهر من يوم النفى انكشف صحة ذلك النفى وإن وضعت لأكثر بطل النفى

وليس المراد أنه يشترط فى لفظ النفى أن يقترن بالشرط بل يصح منه النفى من غير شرط ولكنه فى نفس الأمر مشروط بأن تضع لدون أدنى مدة الحمل ﴿لا اللعان﴾ فلا يصح ﴿قبل الوضع﴾ لا مطلقاً ولا مشروطاً بل يؤخر حتى تضع.

﴿وندب﴾ فى التحليف بعد كماله بالأربع الأيمان ﴿تأكيدا﴾ ليمين ا ﴿الخامسة﴾ التى ذكرها الله سبحانه حيث قال فى حق الرجل « والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين » ، وقال فى حق المرأة : « والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » وإنما خص المرأة بالغضب لأن معصيتها إذا صحّت فهى أغلظ فلو نكل عنها الرجل فلا حد عليه للقذف أو نكلت عنها المرأة فلا حد عليها للزنى لأن اللعان قد تم بالأربع بل يحبس من نكل فقط حتى يقرّ أو يحلف . ﴿و﴾ التحليف يندب له ﴿القيام﴾ من الحالف فقط ﴿حاله وتجنب المسجد﴾ عند اللعان ويكره فيه والكراهة للتنزيه .

﴿١٨٧﴾ باب الحضانة

هى بفتح الحاء مأخوذة من الحضن بكسرها وهو مادون الإبط لضم المحضون إليه. وشرعاً حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه عند مَن هو أوْلى بذلك . وللحضانة ثمانية شروط وهى : البلوغ ، والعقل ، والإسلام فى الحاضنة إذا كان الولد مسلماً لا إن كان كافراً فلا تبطل الحضانة ، والحرية ، والأمانة ، وأن تكون غير مزوّجة ، وعدم النشوز ، وعدم العيوب المنفرة ، وقد جمعها الشاعر فى بيتين فقال:

بلوغ ، وعقل راجح ، وأمانة وحرية ، والدين فى ذاك مُعْتبر
فراغ ، وبعد من نشوز يشينها وصحة جسم من عيوب ومن ضرر

واعلم أن ﴿الأم الحرة﴾ متى كانت جامعة للشروط فهى ﴿أوْلى بولدها﴾ الصغير فى إرضاعه والقيام بما يصلحه إذا طالبت بذلك ولو كان الولد مملوكاً إذا عتقت بعد

وضمها وإن لم يكن فيها لبن لأنه غير شرط وإنما المعتبر القيام بما يصلحه فإن أسقطت حقها ربّاه غيرها إن قبله الطفل وإلا أجبرت على ذلك . وقوله الحرة احتراز من الأمَة فلا حق لها في الحضانة لأنها مشغولة بخدمة المالك .

﴿ مسئلة ﴾ والحاضنة أولى بالطفلة من زوجها حتى تصلح للاستمتاع ومتى صلحت وطلبها سلمت إليه حيث أُمنَ عليها من فرط شهوته وليس للزوج نقلها حتى تبلغ ولا شيء عليه من أجرة الحضانة . والولد ذكراً كان أو أنثى أولى بحفظ أبويه من أبويهما إذا شاخا ولو لم يكونا عاجزين .

ومدة الحضانة للطفل ﴿ حتى يستغني بنفسه أكلاً وشرباً ولباساً ونوماً ﴾ وغير ذلك مما يفعله العقلاء فمتى استغنى بنفسه في هذه الأمور فلا ولاية للحاضنة في الذكر. هذا مذهبنا سواء بلغ الطفل السنة السابعة فأكثر أم أقل فلا تحديد عندنا بالسنين لأنه قد يختلف حال الصبي في الذكاء والبلادة فمنهم من يكون ذكاؤه كثيراً في صغر سنه ، ومنهم من يكون بليداً ، ويدخل في هـذا الحد الصبي والمجنون ﴿ ثم ﴾ تنتقل الحضانة من الأم إذا كان ثمة مسقط إلى ﴿أمهاتها﴾ من قِبَل الأم على الترتيب أقربهن فأقربهن فأمها أولى من جدتها ، ثم جدتها أولى ممن فوقها ، ثم التي فوقها كذلك ﴿ وإن علون ﴾ ولا حضانة لغيرهن مع وجودهن وعدم المسقط لحق الحضانة فيهن من النكاح وغيره على ما سيأتي إن شاء الله تعالى .

﴿ ثم ﴾ إذا لم يبق للولد من يستحق الحضانة من الأمهات لعدمهن أو لعروض مانع أو امتنعت الموجودة منهن كان ﴿ الأب الحر ﴾ المؤمن أولى بحضانة ولده ذكراً كان أو أنثى حراً أم عبداً وأجرة حضانته على سيده ﴿ ثم الخالات ﴾ أولى من سائر القرابات بعد الأب والأمهات . ﴿ ثم ﴾ بعد الخالات ﴿ أمهات الأب ﴾ من الطرفين ﴿ وإن علون ﴾ فالحق لهن بعد الخالات لثبوت الحق للأب فيثبت لأمهاته ، وأولاهن الجدة أمّ الأب ثم أمهاتها وإن علون ، ثم الجدات أمهات الأجداد من الأب على الترتيب

الأول فالأول ، وهذا معنى قولنا من الطرفين. فقد ثبت الحق لأمهات الأب من قبل أبيه ومن قبل أمه وإن تخللت أنثى. وتقدم أمهات الأب على أمهات أب الأب وسواء كانت أمهات الأب من قبل أبيه أم من قبل أمه .

﴿ ثم أمهات أب الأم ثم الأخوات ثم بنات الخالات ثم بنات الأخوات ثم بنات الأخوة ثم العمات ثم بناتهن ثم بنات العم ثم عمات الأب ثم بناتهن ثم بنات أعمام الأب ﴾ وهن آخر الدرج فى باب الحضانة من النساء . قال فى البيان : هذا إذا كان بنات أعمام الأب فوارغ فإن كن مزوّجات رجع إليهن على هذا الترتيب . ولا ولاية لبنات بنات الخالات وبنات بنات الأخوات وبنات بنات الأخوة وبنات بنات العمات وبنات بنات العم وبنات بنات عمات الأب وبنات بنات أعمام الأب .

﴿ ويقدم ذو السببين ﴾ من هذه الأصناف المتقدمة على من أدلى بسبب واحد إلى المولود : فالخالة لأب وأم أولى من الخالة لأحدهما، والأخت لأب وأم أولى من الأخت لأحدهما ، والعمة لأب وأم أولى من العمة لأحدهما ، وكذا بناتهن على هـذا الترتيب ﴿ ثم ذو الأم ﴾ فالأخت لأم أولى من الأخت لأب ، وكذا سائرهن على هذا الترتيب: أما إذا كان للصبي أختان أو نحوهما مستويتان فى الاستحقاق كانت حضانتهما بالمهاياة إلا أن تضر بالصبي المهاياة عيّن الحاكم من يقوم به منهما .

﴿ وتنتقل ﴾ الحضانة ﴿ من كل ﴾ ممن تقدم ذكره ﴿ إلى من يليه ﴾ بأحد أمور خمسة : ﴿ الأول ﴾ بإهمال الطفل وترك حفظه أو بالعمى . ﴿ الثانى ﴾ ﴿ بالفسق ﴾ الطارئ لا الأصلى فلا ولاية لها رأساً ولا فرق عندنا بين فسق وفسق سواء كان بالزنى أو بغيره ولا فرق بين أن يبلغ الصبي حداً يلتقط فيه الكلام ويتخلق بأخلاق تلك الحاضنة أم لا . ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ الجنون ونحوه ﴾ من المنفرات كالجذام والبرص والبخر والجرب والسل ونحو ذلك . ﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ النشوز ﴾ عن الزوج فإنه يسقط حقها من حضانتها سواء كان ولدها منـه أم من غيره حيث كان

النكاح لا يبطل حق الحضانة مثل زوجة الرحم وإلا فقد بطل حق الحضانة بمجرد النكاح ، وكذا من لها حق الحضانة فإنه يسقط حقها من الحضانة بالنشوز . وهذه الأربعة الأمور المتقدمة يعود حق الحضانة إلى الحاضنة بزوالها .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ ﴿ النكاح ﴾ فإن المرأة إذا تزوجت سقط حقها من الحضانة ﴿ إلا ﴾ أن تزوج المرأة ﴿ بذى رحم ﴾ نسباً ﴿ له ﴾ أى للطفل فلا يسقط حقها من الحضانة وسواء كان الأب باقياً أم لا . قال ﴿ المؤيد بالله ﴾ وإذا سقطت الحضانة بحصول أى الخمسة الأمور ﴿ و ﴾ جب أن ﴿ تعود ﴾ الحضانة ﴿ بزوالها ﴾ وهذا متفق عليه عندنا وعنده فى الأربعة الأول ، وأما الخامس وهو النكاح فعند المؤيد بالله وأكثر العلماء انه إذا ارتفع النكاح بطلاق أو غيره ﴿ و ﴾ جب أن تعود الحضانة بعد ﴿ مضى عدة ﴾ الطلاق ﴿ الرجعى ﴾ وقالت الهدوية ومالك لا يعود حق الحضانة بارتفاع النكاح مطلقاً وهو المختار للمذهب .

﴿ فإن عدمن ﴾ الحواضن اللواتى هن أحق بالحضانة والعبرة بعدمهن وقت الحاجة للطفل ﴿ فالأقرب الأقرب من ﴾ الذكور ﴿ العصبة المحارم ﴾ أولى بالذكر والأنثى فالجد أب الأب أولى من الأخ لأب وأم والأخ لأب وأم أولى من الأخ لأب والعم لأب وأم أولى من العم لأب ﴿ ثم ﴾ إذا لم يوجد عصبة محرم فالأقرب ثم الأقرب ﴿ من ذوى الرحم المحارم ﴾ أولى بالذكر والأنثى فالأخ لأم أولى من الجد أبى الأم وأولى من الخال، والخال لأب وأم أولى من الخال لأم أو لأب .

﴿ ثم ﴾ إذا عدم المحارم من العصبات وذوى الأرحام فالأولى ﴿ بالذكر عصبة غير محرم ﴾ الأقرب فالأقرب . قال فى البيان : وهم بنو العم وإن نزلوا ثم بنو أعمام الأب وإن نزلوا ثم بنو أعمام الجد وإن نزلوا . وأما الأنثى فلا حضانة تجب لهم فيها بل هم وسائر المسلمين على سواء فى حقها فينصب الإمام أو الحاكم من يحضنها ﴿ ثم ﴾ إذا عدمت العصبات المحارم وغير المحارم وذوو الأرحام المحارم انتقلت الحضانة إلى من وجد

﴿ من ذوى رحم ﴾ غير محرم فيقدم ابن الخال وابن الخالة على بنى العمة . وولايتهم ﴿ كذلك ﴾ أى هم أولى بالذكر دون الأنثى كالعصبات غير المحارم ، وإذا غاب وقت حاجة الطفل من هو أولى انتقلت الحضانة إلى من يليه من الحاضرين حتى يحضر لئلا يضيع الصبى ثم إلى ذى الولاية كالإمام والحاكم . قال فى البيان : « والنساء أولى بالحضانة على هذا الترتيب إذا كن فوارغ من الأزواج فإن لم توجد فيهن فارغة رجع إليهن على هذا الترتيب مزوجات » .

﴿١٨٨﴾ ﴿ فصل ﴾

فى أحكام تتعلق بالحضانة . ﴿ و ﴾ يجوز ﴿ للأم ﴾ وغيرها من ذوى الحضانة ﴿ الامتناع ﴾ عن الحضانة وإرضاع الطفل وترك حقها فى حضانته ﴿ إن قبل ﴾ الطفل ﴿ غيرها ﴾ وقبله غيرها ولو أجنبية أو أمة فإن امتنع من غيرها أو امتنع الغير وخشى على الطفل التلف أو الضرر صارت الحضانة حقاً للطفل فتجبر الأم أو من عليه الحضانة بأجرة المثل إن علمت وإلا فما رآه الحاكم .

﴿ و ﴾ يجوز لذى الحضانة من أم أو غيرها ﴿ طلب الأجرة ﴾ على حضانة الطفل ﴿ لغير أيام اللباء ﴾(١) التى لا يعيش الطفل فى الغالب إلا بها من يوم إلى ثلاثة، وهى

---

(١) وينبغى لكل والدة أن لا يرضع ولدها أحد من المرضعات قبل أن ترضع ولدها لباءها لأنه نافع لها يغنم عنها أوجاع عواقب الولادة ويلطف مزاجها بالكلية وبذلك التلطيف تسلم من جملة أمراض ويلزم أن يكون لباء الأم أول غذاء يقع فى جوف الولد من الألبان لأنه لبن مصلى منبه قليلا يؤثر فى الطفل تأثير المسهل فيخرج منه المادة السوداء المعروفة فى اللغة بالعق يقال عق الولد أى سقاه ما يسقط عقيه لأنها تكون متجمدة فى القناة الهضمية . أما لبن المرضعات فضر بالطفل فى تلك الحال ولباء والدته نافع كما عرفت ، فينبغى أيضاً نهى من يبادر من النساء المرضعات عقيب الولادة لإرضاعه غير أمه كما هو عادة النساء بصنعا. وعلى الرجال تعريف النساء بذلك وبالإسعافات اللازمة للطفل ولأمه عقيب الولادة وكيفية إرضاعه فى الأوقات المعلومة وتربيته لينمو الطفل نمواً حسناً متمتعا بكامل الصحة والهناء : اه

من يوم يوجد اللباء لا من يوم الولادة وليس لها فى مدة اللباء أجرة حضانته وإرضاعه لأن مدة ذلك يسيرة لا تستحق عليها أجرة فى سبيل الواجب فأما إذا طلبت الأجرة لغير تلك الأيام وجبت على الأب ولو صغيرة مزوجة فإن لم يكن أو كان ولم يمكنه التكسب فمن مال الطفل فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته فى غير زوج الصغيرة. وقدر أجرة الحضانة مايراه الحاكم حيث لم يكن أجرة مثل معلومة ﴿ما لم تبرع﴾ بخدمته وإرضاعه من غير أمر وليه وهو حاضر غير ممتنع فإنها لا تستحق أجرة إلا إذا كان غائباً أو ممتنعاً وفعلت ذلك بنية الرجوع بالأجرة وكذا ماأنفقت عليه ولا يعتبر أمر الحاكم فى ذلك، ولا فرق عندنا فى استحقاق الأم الأجرة على خدمة أو إرضاع ولدها بين أن تكون الزوجية باقية بينها وبين الأب أم لا .

﴿ و ﴾ يجوز ﴿ للأب ﴾ وكذا سائر الأولياء ﴿ نقله ﴾ أى نقل الولد من الأم ﴿ إلى ﴾ حاضنة غيرها بشرطين: أحدهما أن يكون ذلك الغير ﴿ مثلها تربية ﴾ للولد أى يفعل مثل فعلها فى القيام به أو أحسن حسب ما يحتاج ، ولو لم تكن مثلها فى الحنو عليه فعطف الأم على ولدها لا يماثله عطف غيرها «الشرط الثانى» أن يحصل له ذلك ﴿ بدون ما طلبت ﴾ الأم أو من لها الحضانة من الأجرة ولا يكون تأجيل الأجرة كطلب الدون ﴿ وإلا ﴾ تكن الحاضنة الأخرى مثل من لها الحق بل دونها فى القيام بما يحتاجه الطفل أو مثلها لكن أجرتها مثل أجرة الأولى أو أكثر أو استويا بكونها بلا أجرة معاً ﴿فلا﴾ يجوز له نقله إلى غير من الحق لها بل هى أقدم ﴿والبينة عليه﴾ فى أن الحاضنة الأخرى مثل الأم فى التربية وأن أجرتها دون ما طلبت الأم والبينة تكون على إقرار الأولى فى الحضانة أنه قد وجد غيرها بأقل منها أجرة لئلا يحصل تواطؤ بين الولى والحاضنة الأخرى[1] أو تكون البينة على الطرفين واحدة لئلا تكون مركبة وهى محققة فلا يحتاج إلى يمين مؤكدة .

---

(١) تقرير العلامة محمد بن صلاح الفلكى اهـ .

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البيان: ومدة الرضاعة حولان فلا تجب الزيادة على الحولين إلا لحاجة الصبي ويجوز النقصان من الحولين مع رضاء الأب والأم معاً ما لم يضر بالصبي .

﴿ وليس للزوج المنع ﴾ لزوجته الحاضنة لولدها منه أو من غيره ﴿ من الحضانة ﴾ لذلك الطفل ﴿ حيث لا ﴾ يكون للطفل حاضنة أخرى ﴿ أَوْلى منهـا ﴾ فإذا كان له أولى منها فهى أحق به ﴿ و ﴾ الواجب ﴿ على الحاضنة القيام بما يصلحه ﴾ من غسل وتطييب ودهن وحفظ ونحو ذلك ﴿ لا الأعيان ﴾ التى هى الدهن والطيب والطعام والـكسوة فلا يجب عليها وإنما هى على من يلزمه نفقته غير زوج الطفلة وعليها استعمالها له فيما يصلحه .

﴿ و ﴾ عقد إجارة الحضانة إنما يتناول خدمة الطفل فى القيام بمـــا يصلحه و ﴿ الرضاع يدخل ﴾ فى الإجارة ﴿ تبعاً ﴾ للخدمة لأنه حق ﴿ لا العكس ﴾ فلا يصح وهو أن يعقد الإجارة على الرضاع وتدخل الخدمة تبعاً وإنما لم يصح ذلك لأنه يؤدى إلى بيع اللبن فى الثدى وذلك لا يصح . فإن ذكرا معاً كانت الإجارة فاسـدة وإن تميزت أجرة كل واحدة لأن العين ـ وهى المرأة ـ متحدة .

﴿ وتضمن ﴾ الحاضنة ﴿ من مات بتفريطها ﴾ وهى ﴿ عالمة ﴾ أو ظانة أنه يموت بذلك التفريط فلو بعثت الأم بولدها قبل أن يرضع شيئاً من اللبا فمات بذلك وهى عالمة أو ظانة كانت نصف ديته فى مالها والنصف الآخر على الحامل للطفل مع جهله أنه يموت بذلك وسواء أمرت الحامل بحمله فحمله أو تناولته بيدها. وقوله ﴿ غالبا ﴾ احتراز من صـورة وهى أن تضع بين يديه شراباً يقتله ولو عالمة فيتناوله ويشربه فيموت فديته عليها تحملها العاقلة إن وجدت لأنه قتل خطأ وإلا فعليها .

﴿ وإلا ﴾ تـكن الأم عالمة أو ظانة بل كانت جاهلة أنه يموت إذا لم يرضع اللباء

وكذا الحامل ﴿ فعلى العاقلتين ﴾ ضمان دية ذلك الطفل والكفارة تلزم كل واحد منهما وإن علم الحامل بأنه يموت بذلك ومات قتل به وعلى الأم نصف ديته مع علمها كما تقدم .

﴿ و ﴾ يجوز ﴿ لها نقله ﴾ أى نقل الطفل ﴿ إلى مقرها ﴾ ترضعه هناك ، وأجرة نقله عليها وسواء كانت المسافة دون البريد أو فوقه وسواء كان بلدها مصراً أم سواداً، وسواء كان الذى وقع فيه عقد الحضانة أو غيره شرط عليه عدم إخراجه أم لا ما لم تقبل ذلك الشرط أو يكون فى مقرها سدم أو طاعون أو فساد البيئة فتغير طباعه أو أخلاقه فلا يجوز النقل. وقوله ﴿غالباً ﴾ احتراز من أن يكون مقرها دار حرب أو دار فسق أو يخاف على الولد فيه أو تكون فيه غريبة ليست بين أهلها فليس لها أن تنقله إلاّ أن تنقله من دار الحرب إلى دار الإسلام جاز ولو كانت غريبة حيث لم يخش عليه فى دار الإسلام .

﴿ والقول لها ﴾ مما يليق به ﴿ فيما عليه ﴾ من الثياب وأنها لم تبدله سواء كان حراً أم عبداً، إلا أن تكون عادة مثل هذا الصبي أنه لا يلبس مثل هذه الثياب فالبينة عليها فى عدم الإبدال ويكون على إقرار الولى . ولا يتوهم أن مراد الأزهار أن القول لها أنها تملك ما على الصبي من الثياب، فليس المراد ذلك، إذ الصغير كالكبير فى ثبوت يده . وإلى هنا انتهت الحضانة ومن هنا تسمى :

﴿ كفالة ﴾

﴿١٨٩﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ ومتى استغنى ﴾ الصبي ﴿ بنفسه ﴾ أكلا وشرباً ولباساً ونوما كما مر ﴿فالأب﴾ حينئذ ﴿ أولى بالذكر ﴾ ليعلمه أمور دينه وأمر معيشته من صناعة أو غيرها ويحسن تربيته ليتخلق بأخلاق الرجال فهو أخبر بذلك من أمه ، فيكون أولى بكفالته منها

إلى البلوغ وهو بعد البلوغ أولى بنفسه ﴿والام﴾ الفارغة أولى ﴿ بالأنثى ﴾ إلى البلوغ ولو كانت المكفولة مزوجة فتسلم إلى زوجها إذا طلبها للاستمتاع مهما كانت صالحة وأمن عليها من فرط شهوته، ثم تماد إلى أمها لتربيتها وتعليمها ما تحتاج إليه من أمور بيتها من صناعة الطعام والمغزل والتطرير وتدبير المنزل ونحو ذلك مما تحتاج إليه النساء ولتتخلق بأخلاقهن على حسب الحال إلى البلوغ الشرعى. ولا ولاية لغير الأم من الحواضن بعد استقلال الطفلة مع وجود الأب .

﴿ و ﴾ الأم الفارغة أيضاً أولى ﴿ بهما ﴾ أى بالذكر والأنثى معاً بعد استقلالها ﴿ حيث لا أب ﴾ لها موجود بل قد مات أو غاب غيبة منقطعة ، وحدّها ما يتضرر الغلام بدون كفالة إلى وصوله، وكذا إذا خفى مكانه، والأب أولى بهما حيث لا أم موجودة أو كانت متزوجة .

﴿ فإن تزوجت ﴾ الأم غير محرم للطفلة ﴿ فمن يليها ﴾ من الحواضن الفارغات حيث لا أب فأم الأم ما علت ثم على التدريج الذى مرّ ﴿ فإن تزوجن ﴾ الحواضن جميعاً أو حصل مانع من كفالتهن ﴿ خير ﴾ الولد ذكراً كان أو أنثى ﴿ بين الأم ﴾ المتزوجة ﴿ والعصبة ﴾ للولد من المحارم مطلقا ، وغيرهم فى الذكر فمن اختاره كان أولى بكفالته فإن اختارهما أو لم يختر أحداً عيّن الحاكمُ الأصلح له .

﴿ و ﴾ إذا خير الولد بين أمه وعصبته فاختار أحدهما ثم اختار الآخر فإنه ﴿ ينتقل إلى من اختار ثانيا ﴾ وثالثا ورابعا وإن كثر تردده لأن الاختيار يتجدد له كل وقت .

﴿ مسئلة ﴾ وللمكلفة المأمون عليها سواء كانت بكراً أم ثيبا أن تقف حيث شاءت إلا لخوف المفسدة[1] عليها أو تغير المروءة والأصالة فتحصل الوضاعة والدناءة عليها أو على أهلها أو الغضاضة عليهم فلأبيها وعمها وخالها وسائر المحارم بل وسائر

(١) وكذا الذكر إذا خف عليه فالحكم ما ذكر اه .

المسلمين -من باب النهى عن المنكر- منعها ولو بتأديب يمنعها عن المصير إلى غير أهلها ويختار لها الأصلح بنظر الإمام أو الحاكم، فإن خيف عليها من قرابتها عدلت بنظر الحاكم عند ثقة من النساء وأجرة الثقة من مالها فإن لم يكن لها مال فمن المنفق، فإن لم يكن فمن بيت المال .

﴿١٩٠﴾ ﴿باب النفقات﴾

جمع نفقة، مشتقة من الإنفاق وهو الإخراج. وأسباب وجوبها ثلاثة: ملك النكاح، وقرابة النسب ، وملك الأرقاء والبهائم ونحوها. وهو خوف التلف على الغير .

﴿فصل﴾

تجب النفقة ﴿على الزوج﴾ أو سيده إذا كان عبداً تزوج بإذنه أو ولى مال الزوج غير المكلف ﴿كيف كان﴾ أى ولو كان الزوج حملاً أو مجنونا، ولو زوّج لغير مصلحة ﴿لزوجته﴾ من يوم العقد ﴿كيف كانت﴾ أى سواء كانت كبيرة ولو شيخة ، أم صغيرة صالحة للجماع أم لا ، دخل بها أم لا ، حيث لم يطلب ولا امتنعت ، سليمة من العيب أم معيبة كالرتق والجنون ونحوهما ولم يفسخ، حرة كانت أم أمة وسلمت تسليما مستداماً يوما وليلة فما فوق ، مسلمة أم ذمية مع ذمى أو مع مسلم عند من يجيز نكاح الكتابيات، وتجب لها نفقة سفر حيث أحرمت بحجة الإسلام ولو بغير إذنه أو نفلا بإذنه : فإن نفقتها واجبة فى ذلك كله على الزوج .

﴿والمعتدة﴾ تجب لها النفقة وتوابعها كالباقية تحت زوجها، وسواء كانت معتدة ﴿عن موت﴾ قبل الدخول أم بعده ﴿أو﴾ عن ﴿طلاق﴾ بعد دخول لا بعد خلوة فقط ﴿أو﴾ كانت العدة عن ﴿فسخ﴾ بعيب فيه أو فساد عقد فإن النفقة تجب فى العدة ﴿إلا﴾ أن يكون ذلك الفسخ ﴿بحكم﴾ حاكم نحو فسخ العقد الفاسد بحكم

وفسخ اللعان وفسخ العيب مع التشاجر وكان هو الفاسخ لها، فإذا كان الفسخ بحكم فلا نفقة لها فى العـدة على الزوج ﴿ غالبا ﴾ احترازا من بعض الصور فإن الفسخ يكون بالحـكم وتلزم النفقة وذلك كالصغيرة إذا بلغت وفسخت النكاح واحتاجت إلى الحـكم لأجل التشاجر، لا الصغير إذا فسخ عند بلوغه فلا شىء عليه ، وكذا الأمة إذا عتقت واختارت الفسخ واحتاجت إلى الحـكم لأجل التشاجر ، وكذا الفاسخة بعيب الزوج سواء كان العيب قبل العقد أم بعده إذا احتاجت إلى حكم ، وكذا الحرة إذا نكحت على الأمة وفسخت واحتاجت إلى حكم، وكان بعد الدخول فإن المعتدة من أى هذه الصور تجب لها النفقة ولو مع الحـكم .

﴿ أو ﴾ كان الفسخ ﴿ لأمر يقتضى النشوز ﴾ من المرأة فإنها لا تستحق نفقة فى المدة، وذلك الأمر إما ﴿ ذنب أو عيب ﴾ فالذنب نحو أن ترضع ضرتها وهى لا تخشى عليها الهلاك أو علمت الإنفساخ بذلك ولو مع الخشية، وكذا نحو أن ترتد عن الإسلام والزوج باق، أو يسلم الزوج أو أحد أبويه وهو صغير وتبقى على الـكفر وهى بالغة عاقلة فقد وقع الفسخ لأمر يقتضى النشوز من المرأة فلا نفقة لها فى المدة. أما إذا أسلم زوجها وهى صغيرة أو مجنونة فلا تسقط النفقة لعدم النشوز منها، وكذا لو ارتد الزوج وبقيت هى على الإسلام أو أسلمت هى وبقى على الـكفر فإنها لا تسقط نفقتها فى الوجهين . . وأما العيب فنحو أن يفسخها الزوج بعـــد الدخول بأحد العيوب المتقدمة فى فصل «١٥٠» أو كل واحد فسخ صاحبه فى حالة واحدة فإن ذلك يتضمن النشوز فلا نفقة لها منه فى العـدة بخلاف ما لو فسخته بعيبه فإن الفسخ هنا لا يتضمن النشوز فتستحق النفقة وسواء كان الفسخ بالحـكم أم بالتراضى .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان: وإذا أسلمت الذمية وأسلم زوجها وادعت أنها المتقدمة لئلا تسقط نفقتها وقال بل هو المتقدم فالقول قولها لأن الأصل وجوب نفقتها .

نعم ، والواجب للزوجة والمعتدة مطلقا ثلاثة أنواع :

﴿ الأول ﴾ ﴿ كفايتها ﴾ قوام بدن مما تحتاج إليه ﴿ كسوة ﴾ وفراشاً لها بحسب حالهما معا ﴿ ونفقةً ﴾ لها ما يشبعها ولو كثر أكلها صغيرة كانت أم كبيرة ، ويدخل فى ذلك الفاكهة والقهوة وغيرهما مما جرت به العادة ﴿ و ﴾ تجب كفايتها ﴿ إداما ﴾ للطعام على حسب المعتاد جنسا ووقتا ﴿ و ﴾ يجب عليه أن يشترى لها ﴿ دواء ﴾ بإرشاد وأجرته إذا مرضت .

﴿ و ﴾ تجب كفايتها ﴿ عشرة دهنا ﴾ لحاجة بدنها ومصباحها لا للزينة ﴿ ومشطا ﴾ إذا كان للتنظيف وأجرة الحمام إذا كانت تعتاده ولا منكر . أو لعلة ولو لم تكن تعتاده ﴿ وسدْراً ﴾ أو صابوناً على حسب المعتاد ﴿ وماء ﴾ وهو ما تحتاجه للشرب وتنظيف بدنها وثيابها ونحو ذلك لا ماء الصلاة وغسل الجنابة والحيض فلا يجب على الطبيب الزوج وكذا ثوب الصلاة .

﴿ والنوع الثانى ﴾ يجب للزوجة التى تحت الزوج ﴿ ولغير البائنة[1] ونحوها ﴾ وهى المتوفى عنها والمفسوخة فلا يجب لهن ما يأتى . ويجب على الزوج أن يحصّل للزوجة والمطلقة رجعياً ﴿ منزلا ﴾ للنوم والوقوف فيه ﴿ ومخزانا ﴾ لحفظ متاعها « ومطبخا[2] » لصنع ما تحتاجه من حاجاتها لأن الأوانى فيه تنفق ، ﴿ ومشرُقة ﴾ أى صرحا تضربه الشمس فهذه الأربعة يجب أن ﴿ تنفرد بها ﴾ المرأة إذا طلبت ذلك لا يشاركها فيها أحد من النساء وغيرهن ولو زوجها ، وأما الحشر والمغسل والمصلى فيجوز الاشتراك فيها ، وهذا الذى تنفرد به ليس بحتم بل يختلف باختلاف البلدان وعاداتها فتعتبر العادة كدارٍ إن كانت فى مدينة أو منزلين إن كانت فى البادية منزل للنوم ومنزل لعمل المعيشة وهو المطبخ وإن كانت من أهل الخيام فبيت من بيوته ، ويجب من الماعون ما تصلح به المعيشة كالقصعة والقدر والمغرفة والجرة والموقد ونحو

---

(١) الأولى أن يقال « وللزوجة والرجعية » لأنه أقرب إلى الفهم اه حاشية السحولى .

(٢) تقرير سلطان العلماء القاضى عبد الله الدوارى اه

ذلك مما تحتاجه. وهذه الأوانى تبقى على ملك الزوج وتضمن منها ما جنت عليه ، ولا لزوم لهذه الأوانى إلا حيث رضيت بالعمل وإلا فالواجب طعام مصنوع مالم تتضرر به وجب لها طعام غير مصنوع .

﴿ و ﴾ ﴿ النوع الثالث ﴾ مما يجب للزوجة والمعتدة ولو بائنا ﴿ الإخدام ﴾ إذا احتاجت إلى ذلك لمرض أو نحوه أو اعتادته فى غير مرض مثل ﴿ التنظيف ﴾ لبدنها ورأسها وثيابها وكانت لا تخدم نفسها فى العادة .

﴿ واعلم ﴾ أن الكسوة والنفقة وتوابعها والعشرة والسكنى والاخدام للزوجة ولوامة يكون قدرها وصفتها ﴿ بحسب حالها ﴾ فى اليسار والإعسار لقول الله تعالى « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره[1] » ، والمقتر المقل ، أما الكسوة فيجب لها ما جرت به عادة مثلها من مثله قدراً وصفة، ويعتبر الوسط فى ذلك على ماجرى به العرف فى البلد وبريدها جودة وعدداً لو كان لمثلها كسوة بذلة وكسوة عليا للتجمل ونحو ذلك من ثياب التهنئة والتعزية حسب العادة وجب لها مثلها . وقد تختلف الكسوة باختلاف الزمان كالشتاء والصيف وباختلاف المكان كالتهائم والجبال . وكذا الفراش ووقاء الليل حكمه كالكسوة فى جودته وتنوعه وصفته ومناسبته للزمان والمكان واليسار والاعسار والعادة.

وأما النفقة فلا تقدير فيها بل برجع إلى رأى الإمام أو حاكمه بحسب اليسار والإعسار والزمان والمكان وكبر المرأة وصغرها ولو كثرا كلها فالواجب شبعها مما يراه الحاكم وما تعتاده من فاكهة وقهوة ونحوهما .

وأما الادام فيعتبر كل بعادته وبلده فى أعلاه وأدناه وتنوعه واستمراره على الدوام وانقطاعه فى وقت دون وقت على مايراه الحاكم موافقاً للعادة على اختلاف البلدان

(١) الآية عدد « ٢٣٦ » من سورة البقرة اهـ.

والأمصار كالزيت والسليط والسمن واللحم واللبن والخضراوات وغير ذلك على حسب المألوف لديهم .

وأما السكنى فعلى قدر حالها وماجرى به العرف فى البلد كما تقدم . . وأما الإخدام فإن كانت ذات خدم فعليه أجرة خادم أو أكثر على ما تعتاده الكبيرة قبل الزواج وإن كانت صغيرة اعتبر بعادة أهلها فى الخدمة ويكون الخادم امرأة أو ممن يجوز لها النظر إليه، ولو طلب أن يخدمها لم يجب القبول لأنها تحتشم منه كما لا يجب عليه أن يقبل إذا طلبت منه أجرة خادم وتخدم نفسها لأن له حقاً فى بدنها فإن كانت ممن يخدم نفسها فلا يجب عليه إقامة من يخدمها إلا لزمانة أو مرض لزم ذلك فإن اختلفا فى تعيين الخادم فله الاختيار فى الابتداء لأن الحق عليه ولأنه يتهم من تختاره وليس له تحويله أو تبديله بدون رضائها إلا لعذر كأن يعتق الخادم أو ظهرت ريبة أو خيانة فله الابدال .

﴿فإن اختلفا﴾ بأن كان أحدهما غنياً والآخر فقيراً أو كان أحدهما يؤسر فى وقت مخصوص والآخر يعسر فى ذلك الوقت، أو كانت بلد أحدهما أكثر رخاء من بلد الآخر ﴿ فبحاله ﴾ أي فالعبرة بحال الزوج ﴿ يسراً وعسراً ووقتاً ﴾ ولاعبرة بحالها فى ذلك فإن كان غنياً فنفقة غنية ولو كانت فقيرة، وإن كان فقيراً فنفقة فقيرة ولو كانت غنية فيعتبر بحاله لقوله تعالى « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » . ﴿ و ﴾ العبرة بحاله أيضاً ﴿ بلداً ﴾ وهذا إذا كان يجمعهما بلد واحد، أما لو كان كل من الزوجين فى بلد فالعبرة ببلد الزوجة .

﴿مسئلة﴾ والخيار للزوجة فى النفقة فإن طلبت طعامها مصنوعا لزم الزوج ذلك مع إدامه وإن طلبته غير مصنوع لزم الزوج ذلك مع إدامه ومؤنته من حطب وملح وأجرة طحن وخبز ، وهـذه الأشياء اللازمة للزوجة من النفقة لايقدر منها شيء بالدراهم ، وإنما هى أعيان لازمة للزوجة بأنفسها، وفائدة ذلك لومطلها فى وقت غلا أو

في رخص فالعبرة بوقت المطل، فإن كانت طالبته بالطعام المصنوع فالواجب عليه القيمة وإن طالبته بطعام غير مصنوع فالمثل .

﴿ إلا المعتدة عن خلوة ﴾ أى التى خلا بها زوجها ولو لم يدخل بها فلزمتها العدة لطلاق أو فسخ فلا تجب لها نفقة العدة ما لم تكن العدة عن وفاة فتجب النفقة والكسوة . ﴿و﴾ إلا ﴿ العاصية[1] ﴾ لله تعالى بمعصية زوجها ﴿ بنشوز ﴾ منها عليه سواء كانت فى حال الزوجية أم فى حال العدة فإنها تسقط نفقتها والمراد بالنشوز خروجها عن طاعته فيما يجب له عليها ولو فى أمر دون أمر ولو سلمت تسليما مستداماً وخرجت من بيته بغير إذنه وهو يكره خروجها فهى عاصية بنشوزها، أو قالت لا أسلم نفسى إلا فى هذا المكان أو بشرط أن لا تكشف ثيابى فنشوز مسقط. فإن لم تكن عاصية كالصغيرة والمجنونة والمحبوسة بحق أو بغير حق ولم يمكنها التخلص لم تسقط النفقة ، فإن امتنع أهلها من تسليمها إلى زوجها وهى كارهة لامتناعهم لحقوقها على الزوج مع عدم النشوز منها ويأثمون ولا يرجعون عليهم بشىء من الغرم ، فإن كانت ناشزة فلا حق لها على الزوج ولا على قريبها الموسر لأنها السبب فى إسقاط نفقتها بأمر هى متعدية[2] فيه إذا كان النشوز ﴿ له قسط ﴾ من قيمة النفقة ونحوها

(١) ومن اختيارات إمام زماننا أيده الله أن الزوجة إذا أصرت على عصيان زوجها وأبت البقاء فى بيته أو امتثال مايجب عليها له فإنه يلزم النظر إلى الباعث لها على ذلك فإن كان لا عن إضرار من الزوج ، ولا تقتير فى الإنفاق ، ولا سوء فى الأخلاق فإنه حينئذ لايقتصر فى عقابها على إسقاط نفقتها بل يجوز حبسها وذلك من قبيل التأديب لما ارتكبته من العصيان الذى لا مبرر لها عليه إلا أنها لاتحبس إلا إذا عرف أن غير الحبس لا ينجع فى تعديل الامرأة بإرجاعها إلى أحضان زوجها سامعة مطيعة ممتثلة لما يجب عليها ، وكذا وليها يجوز حبسه إذا كان مقتدراً على إخضاعها وله سلطان عليها ولم يقم بذلك بل تساهل، لا لو كان الولى مسلوب القدرة عاجزاً فلا وجه لحبسه ويكون النظر فى هذا المقام موكولا إلى الحاكم اهـ .

(٢) فلو كان عادة أهلها أو بلدها أن لاتعود بعد نشوزها إلا إذا أتى الزوج بذى جاه يتوجه فى رجوعها فالواجب عليها التوبة والرجوع إلى بيت زوجها بدون ذلك وإلا فهى ناشزة .

فى القيمى أو لايتساقط بمثله فى المثلى فالغد أو العشاء مقابل الليل والنهار فإذا نشزت ست ساعات فى الليل والنهار سقط من نفقتها ربع الغداء والعشاء . فأما لو نشزت ساعة ثم تابت فوراً برجوعها إلى بيت الزوج لم يسقط شىء من النفقة إذا كانت نفقة الساعة مالاقيمة له فى القيمى أو مايتسامح بمثله فى المثلى .

﴿ و ﴾ إذا سقطت النفقة لنشوزها ثم تابت فإنه ﴿ يعود ﴾ وجوب النفقة وغيرها فى ﴿ المستقبل بالتوبة ﴾ وهى الرجوع إلى طاعته أو بيته لا نفقة المدة التى نشزت فيها فقد سقطت ولا تعود بالتوبة ﴿ ولو ﴾ كان النشوز والتوبة ﴿ فى عدة الطلاق ﴾ ﴿ البائن ﴾ والنشوز فيه . أما أذيته بقول أو فعل أو بالخروج من موضع العدة بغير إذنه[1] ، والتوبة بعودها إليه أو بتركها أذيته فتستحق النفقة فى المستقبل من المدة بعد التوبة ولو كان الزوج غائباً يوم النشوز ويوم التوبة وتشهد على التوبة ، والتوبة فى عدة الرجعى بعودها إلى بيت زوجها .

﴿ ولا يسقط ﴾ عنه ما استحقته من النفقة ونحوها فى الزمان ﴿ الماضى بالمطل ﴾ لها وسواء كان الحاكم قد فرض لها أم لا ﴿ ولا ﴾ يسقط عنه نفقة ﴿ المستقبل بالابراء ﴾ لأنه إبراء من الحق قبل ثبوته بخلاف الماضى منها فإنه يسقط بالإبراء لأنها قد استحقته ﴿ بل ﴾ لو عجل لها نفقة شهر أو سنة أو نحو ذلك سقطت عنه ﴿ بالتعجيل ﴾ نفقة تلك المدة ولو فاتت عليها بعد قبضها بأى وجوه الفوات فقد برئ من ذلك .

﴿ ولا يطلب ﴾ التعجيل لنفقة المستقبل لأنها لم تجب إلا شيئاً فشيئاً فيلزم الزوج تسليم قوت اليوم فى الوقت الذى يصلح له على العرف لا لما بعد فلا يجب وليس للحاكم إجباره وللحاكم إرشاده بتسليم نفقة الأسبوع لمن وجدها لدفع المشقة والمضرة ﴿ إلا من ﴾ زوج أو نحوه كسيد العبد أو ولى لزوج غير مكلف إذا كان الزوج أو

---

(١) وإذا أذن لم تسقط نفقتها مع أنه يجوز لها الخروج بإذنه لأن الحق لله تعالى اهـ .

نحوه ﴿ مريد الغيبة ﴾ فى سفر ولم يسلم لها نفقة لمدة غيبتـه ولا ترك مالا فى بلدها إذا احتاجت أنفق عليها الحاكم منه أو ترك مالا لا يمكن بيعه أو الإنفاق منه لتغلب القرابة أو غـيرهم عليها فلها أن تطالبه بالنفقة مدة الغيبـة ، أو بكفيل فإن حصل الـكفيل لم يجب التعجيل ويصح الرجوع من الـكفيل فى المستقبل « فأما إذا غاب وله مال باق يتيسر لها الإنفاق منه فليس لها أن تطالبه بالتعجيل لأنها لاتجب إلا يوما فيوما ، فإن عرف بالتمرد ولو كان حاضراً فلها أن تطالبه بالتعجيل أو بالـكفيل وللحاكم إجباره .

والـكفالة بنفقة المستقبل تصح مع أنه لاحق لازم ﴿ فى حال ﴾ الطلب إلا أنها من الضمانة بما سيثبت كما سيأتى فى الـكفالة أوائل فصل «٣٨٨»

﴿ وهو ﴾ أى تعجيل نفقة المستقبل للزوجة ﴿ تمليك ﴾ لها ﴿ فى النفقة ﴾ مع القبض أو التخليـة مع الرضى أوأمر الحاكم فتملـكه بذلك وتتصرف فيـه ببيع أو نحوه وليس للزوج أن يسترده ولاأن ترجع له مازاد على النفقة سواء سلمه عالما بزيادته أو جاهلا فقد ملـكته فى مقابلة نفقتها فى المدة المقدرة ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من مسائل فإنه يلزم فى أيها رد مافضل من النفقة المعجلة إليها لمدة مستقبلة وهى إما « لفوت غرض » كأن تبدل نفقتها العالية الموجبة لنمو بدنها بدونها فى التغذية كالبر بالشعير فتضمن له مابين قيمتى البر والشعير لأن له حقاً فى نمو بدنها « أو لبطلان سبب » وجوب النفقة « كنشوز أو موت» فترد حصته مدة النشور ولا تستنفقه فى المستقبل إلا بإذن الزوج فإن ماتت هى قبـل انقضاء المدة ردّ ورثتها حصة مابقى من المدة أو عوضها من تركتها إذا تلفت ولو بغير تفريط لأن المعجل بعد قبضها قد صار كالدين عليها . وإن مات الزوج وفى المدة ما يزيد على مدة العدة فإنها ترد لورثته من النفقـة حصة الزائد على مدة العدة وعلى ميراثها منه إن كان مما قسمته إفراز .

﴿ لا ﴾ تعجيل ﴿ الـكسوة ﴾ للزوجة فلا تملـكها لأنها سُلِّمت إليهـا للانتفاع

لا للاستهلاك فهى باقية على ملك الزوج وتضمن ماجنت عليه أو فرطت فلو ضاعت لزمت لها الكسوة وعليها قيمة ماضاع لأنه تفريط ، وإذا بقيت الكسوة على المدة المقدرة لها لم يلزمه أن يكسوها حتى تبلى فإن بقيت لترك لباسها أو لصيانتها بثياب منها كانت هذه لها بعد المدة المقدرة وتطلب كسوة المستقبل فإن ادّعى أن بقاءها لقوتها أو لصيانةٍ فى اللبس وللبس ثياب منه أخر فالقول قوله ولم يلزمه أن يكسوها حتى تبلى أو تمضى مدة مثلها تبلى فيها حسب العرف .

﴿ فرع ﴾ وإذا انقضت عدة الزوجة فعليها ردّ مابقى معها من الكسوة للزوج أو وارثه ، وكذا الاخلاق التى تبقى من الكسوة الأولى عند تسليم الكسوة الأخرى لأنها باقية على مِلْك الزوج فيلزمها ردّها ولا عبرة بالعرف لو جرى فى عدم رد الأخلاق منها .

﴿ ولا ﴾ تسقط النفقة عن الزوج ﴿ بتبرع الغير ﴾ بإنفاقها وحقيقة التبرع هو الإنفاق على الغير بغير أمره ﴿ إلا ﴾ أن يتبرع الغير ﴿ عنه ﴾ أى ينوى ذلك الإنفاق عن الزوج فإنها حينئذ تسقط عن الزوج ويقبل قوله أنه عن الزوج وسواء كانت هى المنفقة نفسها بنيّة التبرع عنه أو ولىّ الصغيرة أو غيرها ﴿ و ﴾ المنفق بنيّة التبرع عن الزوج ﴿ لا رجوع ﴾ له على الزوج ولا على الزوجة بما أنفق ولو كانت هى المتبرعة عنه فأما إذا تبرع المنفق لا عن الزوج نظر ، فإن كانت هى المتبرعة لا عنه رجعت على الزوج ولو كان حاضراً غير متمرّد سواء نوت الرجوع أم لا نيّة لها وإن كان المتبرع غيرها لا عنه فلها أن ترجع على الزوج لعدم تبرع الغير عنه ولا يرجع هذا الغير على الزوج إلا بإذنها يطالب الزوج عنها ، وأما الغير فإن كان أباح لها لم يرجع ولا بد من لفظ الإباحة وإلا رجع عليها لأن الأصل فى الأعيان العوَض ولو إنفاقاً وإن كان المنفق ولياً وهى صغيرة أو حاكماً سواء كانت صغيرة أم كبيرة بأمرها رجع عليها بعد البلوغ وقبله على مالها وهذا إن نوى الرجوع وإن نوى التبرع عن الزوج لم

يرجع على أبيهما ولا هى عليه ، أما عدم رجوع الولى على الزوج فلعدم الإذن له بالإنفاق عنه ولا عليها لكونه قد تبرع عن الزوج ولا هى على الزوج لتبرع الغير عنه، وإن لم ينو الولى التبرع عن الزوج ولا الرجوع عليها فليس الرجوع على الزوج بل عليها لأن الأصل فى الأعيان العوض وهى ترجع على زوجها لعدم تبرع الغير عنه وإن نوى الرجوع على الزوج فبأمر الحاكم لغيبة الزوج عن وقت الحاجة أو تمرده يرجع عليه ولغير أمر الحاكم لا رجوع إذ لا ولاية له على الزوج ولا ترجع هى أيضاً على الزوج لأن ذلك كالتبرع عنه .

﴿ و ﴾ إذا غاب الزوج أو تمرّد عن إنفاق زوجته فإنه ﴿ ينفق ﴾ عليها ﴿ الحاكم من مال ﴾ ذلك ﴿ الغائب ﴾ قدر ما تحتاج إليه مدة غيبته ﴿ مكفّلًا ﴾[1] أى يطلب منها كفيلاً أو رهناً إذا انكشف خلاف ماادعت ، ولا يجب الكفيل إذا غلب فى ظن الحاكم صدقها لأن ذلك موكول إلى نظره. وحدّ الغيبة فى النفقات مايتضرر من هى له وقت حاجتها ولو كانت دون البريد وإنما يأخذ الحاكم من ماله بعد أن ينصب وكيلاً عن الزوج يسمع دعواها وينكرها ثم تحلف هى أنها تستحق ذلك عليه، فإن نكلت لم تُعط شيئاً ، وإذا انكشف أنها لا تستحق ما أخذته لاستيفائها نفقتها فما باعه الحاكم من مال الزوج غير نافذ ولزمها والكفيل إرجاع ما أخذت .

﴿ و ﴾ ينفقها الحاكم أيضاً من مال الزوج ﴿ المتمرد ﴾ عن الإنفاق عليها ولو حاضراً فيأخذ من دراهمه ودنانيره قدر ما يجب لها عليه ويبيع عليه العروض من دور أو ضياع أو غيرهما وله أن يأخذ من دين الزوج الذى على الغير وينفق على زوجته وله أن يستدين عنه وعن الغائب. وليس للحاكم أن يبيع عليه مايستثنى للمفلس، ويلزم الزوج المقل نفقة زوجته بأى وجه أمكنه من تكسب بإجارة فيما يليق به وغير متعب

(١) وإذا لم تقم الكفيل مع الإمكان وعدم ظن صدقها فإنها لا تستحق شيئاً من النفقة اه .

فوق المعتاد أو مسئلة أو استدانة ﴿ويحبسه﴾ الحاكم إذا طلبت منه حبسه ﴿للتكسب﴾ إن امتنع منه لطلب النفقة المستقبلة لا الماضية فهى كسائر الديون فى ذمته لإعساره فلا يجبر فيها للتكسب .

﴿ ولا ﴾ يجوز له ﴿ فسخ ﴾ النكاح بينهما عندنا لعدم الاتفاق سواء كان لغيبته أو لتمرده أو لإعساره أو لعدم تكسبه إلا إذا سهل عنه التكسب وتعذر إجباره فللحاكم أن يفرق بينه وبين مداناتها فإن كان عاجزاً عن التكسب فلا يفرق بينهما ويلزمها أن تمكنه من الوطء ونفقتها فى ذمته ﴿ ولا﴾ يجوز لها أن ﴿ تمتنع منه ﴾ فى حال حبسه ﴿ مع الخلوة ﴾ بها وإلا كانت ناشزة ﴿ إلا ﴾ أن تمتنع ﴿ لمصلحة ﴾ يراها الحاكم بأن يغلب فى ظنه أو ظنها لو بغير أمر الحاكم أنه مع موافقتها إياه يستمر على التمرد وعدم الإنفاق جاز لها أن تمتنع من مداناته، وكذا إذا لم يمكن الخلوة فى الحبس فلها الامتناع أو قصد مضارتها ، ولها أن تحلفه ما طلبها مضارة لها .

﴿ و ﴾ إذا اختلف الزوجان فى العشرة والنفقة وغير ذلك وضمت الزوجة عند عدلة من النساء أو عدل من المحارم بعد أن يحلف المدعى منهما ما قصد بدعواه إضرار صاحبه، ويكون ﴿ القول لمن صدقته ﴾ تلك ﴿ العدلة ﴾ أو العدل منهما ﴿ فى العشرة والنفقة ﴾ أو فى غيرهما ولا تقبل شهادة العدلة لأن فيها تقرير قولها، ويحلف من القول له والبينة على الآخر. ويجوز للعدلة أن تقف عندهما فى حالة الجماع على جهة الخفية منهما بحيث ترى ولا ترى إذا ادعت الزوجة أنه معاشرلها غير معاشرة الأزواج فى الجماع أو يطأها فى غير الموضع المعتاد . ﴿ و ﴾ هذه العدلة يجب ﴿ نفقتها ﴾ أى أجرتها وجميع ما تحتاج إليه ﴿ على الطالب ﴾ فإن طلبها الزوج كانت عليه وإن طلبتها الزوجة كانت عليها، فإن كان الطلب منهما أو من الحاكم كانت على الزوجين معاً .

﴿ و ﴾ القول ﴿ للمطيعة ﴾ حال التداعى ﴿ فى نفى النشوز الماضى وقدره ﴾ فإذا كانت الزوجة مطيعة للزوج فى الحال وادعى عليها أنها كانت ناشزة فأنكرت ذلك

أو أقرت واختلفا فى قدر مدة النشوز فالقول قولها فى نفيه بالمرة إن أنكرته وفى قدره إن أقرت به واختلفا فى مدته: مثال ذلك أن تقول: نشزت أول رجب ورجعت آخره وكانت دعواها فى رمضان، وقال بل رجعت آخر شعبان فالقول قولها لما كانت مطيعة فى الحال، فإذا كانت عاصية فى الحال فالقول قول الزوج .

﴿ و ﴾ إذا كانت الزوجة حال التداعى ﴿ فى غير بيته ﴾ بل فى بيتها أو بيت أهلها أو فى غيرهما ﴿بإذنه[1]﴾ أو بإذن الشرع لمرض أو خوف عليها أو على أبويها العاجزين وأنكرت إنفاقه عليها مدة ما هى فى غير بيته فالقول قولها ﴿ فى﴾ عدم ﴿ الإنفاق ﴾ لأن الظاهر معها. وهذا فى حق الكبيرة لا الصغيرة فالقول قول الولى ولو فى غير بيته بغير إذنه لأنه عصيان منها. وأما إذا كانت فى بيت الزوج فالقول قوله فيما مضى وعليها البينة لأن الظاهر معه أنه منفق عليها وسواء كانت صغيرة أم كبيرة عاقلة أم مجنونة ، والبينة تكون منها على إقرار الزوج أنه ما أنفق او على أنهما لازماها المدة التى ادعت أنه ما أنفق عليها فيها ونفقتها جارية من غير زوجها ، وأما إذا كان البيت لهما معا غير مقسوم فالقول قوله إنه منفق لأنه يصدق عليه انها فى بيته وإن كانت حصة كل واحد مميزة فكما لو اختلف البيتان فإن كانت فى حصتها فالقول لها ، وإن كانت فى حصته فالقول له . ﴿ قيل ﴾ وهذا القول ذكره أبو طالب وهو موافق للمذهب ﴿ و ﴾ هو أنه يقبل قول ﴿ مطلقة ومغيبة ﴾ وغيرهما فى دعوى عدم الإنفاق فى الحال والمستقبل ﴿ وتحلف ﴾ على ذلك وسواء كانت فى بيته أو فى غيره ، وإن كانت الدعوى فى نفقة الماضى فلأهل المذهب التفصيل السابق وهو إن كانت فى بيته فالقول قوله وإن كانت فى بيتها أو بيت أهلها أو فى غيرها بإذنه أو بإذن الشرع فالقول قولها مع يمينها وعليه البينة ، وإن كانت فى بيت غيره بغير إذنه فالقول قوله وعليها البينة .

---

(١) فإن اختلفا فى إذنه فالقول قوله لأن الأصل عدم الإذن اه بيان .

﴿١٩١﴾ ﴿فصـــل﴾

فى نفقة الأقارب ، والأرقاء ، والبهائم . وسد الرمق ، وإنفاق الشريك وكل عين لغيره فى يده بإذن الشرع : أما نفقة الأقارب فقد بينها الإمام عليه السلام بقوله .

﴿ و ﴾ تجب ﴿ نفقة الولد ﴾ الحر ذكراً كان أم أنثى ﴿ غـير العاقل ﴾ لصغر أو جنون سـواء كان طارئا أو أصلياً ولو كان ذا ولدٍ موسر وكذا تجب نفقته وكسوته وسكناه وكلما يحتاج إليه ﴿ على أبيه ﴾ لـكان ولايته عليه. قال فى البحر ولو غير عاقل إذ هو كالجزء منه فـكأنه منفق على نفسه ﴿ولو﴾ كان الوالد ﴿كافراً﴾ غـير حربى والولد مسلماً فتسلم النفقة إلى الحاكم لأنه لا ولاية له على ابنـه ﴿ أو ﴾ كان الوالد ﴿ معسراً ﴾ لـكن ﴿ له كسبٌ ﴾ يعود عليه من صناعة أو وقف أو غيرهما فإنها تلزمه نفقة ولده غير العاقل ولو كان الولد غنياً .

﴿ ثم ﴾ إذا توفى الأب أو كان معسراً ولا كسب له وجبت نفقة الولد ﴿فى ماله﴾ له ولأبيه ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن له مال والأب معسر ولا كسب له وجبت نفقة الولد ﴿ على الأم ﴾ الموسرة ولو كافرة مع وجود الأب[1] فإنه يجب عليها الإنفاق على غير العاقل من أولادها لعدم المال له أو إعسار الأب، ويكون ﴿ قرضاً للأب ﴾ حتى يوسر ولو بغير إذن الحاكم مع الغيبة أو التمرد وكان صغيراً فى مدة الحضانة فإن كان بعد سن الاستقلال فلا بد من إذنه أو إذن الحاكم لغيبته أو تمرده مع نية الرجوع فى الطرفين .

﴿ و ﴾ أما الولد البالغ ﴿ العاقل ﴾ المسلم ﴿ المعسر ﴾ ولو أمكنه التكسب فنفقته ولو عاقاً ﴿ على أبويه ﴾ الموسرين ﴿ حسب الإرث ﴾ على الأم ثلث وعلى الأب الثلثان ﴿ إلا ﴾ أن يكون هـذا الولد العاقل المعسر ﴿ ذا ولدٍ موسر فعليه ﴾ نفقة والده

(١) فإن كان قد هلك فلا شىء عليها مع كفرها إذ لا توارث بينهما مع الكفر اه .

وما يحتاج إليه إذا كان لا يقدر على التكسب ولا شيء على جده لوالده ﴿ ولو ﴾ كان الولد ﴿صغيراً أو كان الوالد كافراً ﴾ غير حربي وكذا الأم فإن كفرها لا يسقط نفقتهما عن ولدهما الموسر، فإن كان في الأولاد موسر ومعسر وجبت نفقتهما كلها على الموسر منهم ولا تسقط حصة المعسر عن الموسر .

﴿ فرع ﴾ فإن كان للولد أبوان معسران أو أب وابن معسران ولا يقدر إلا على نفقة أحدهما فالمختار أنهما على السواء فيقسم بينهما ولا يؤثر أحدهما على الآخر حيث كان الأب لا يقدر على التكسب ، وإلا فالولد الصغير أقدم .

﴿ ولا يلزم ﴾ الولد للأب ﴿ أن يعفّه ﴾ بزوجة أو أمة إذا اضطر إلى النكاح إلا أن يتضرر فيكون من باب الدواء ولا تلزمه نفقة زوجة أبيه وعبده ، ولا يلزم الأب أن يعف الولد أولى وأحرى .

﴿ ولا ﴾ يلزم الابن ﴿التكسب﴾ لنفقة أبويه إذا كانا معسرين يمكنهما التكسب ﴿ إلا للعاجز ﴾ منهما عن التكسب فيجبر الولد على التكسب له كما يجبر الأب على التكسب على ابنه الصغير لا الكبير ولو كان عاجزاً عن التكسب، فإن كان الأب وابنه قادرين على التكسب فلا يجبر أيهما على التكسب للآخر. وإذا اكتسب أحدهما وفضل له عن قوته ومن هو أخص به أدخل الآخر معه فيما فضل له .

﴿ و ﴾ للأب المعسر العاجز عن التكسب « لا للأم إلا بأمر الحاكم » أن يأخذ من مال ولده الصغير والمجنون والغائب الأعيان التي يحتاج إليها كالطعام والثياب والدراهم والدنانير، ويستنفق منها ما يحتاج لنفسه بالمعروف، ولا يحتاج إلى أذن الحاكم لأنها نفس ما وجب. وأما إذا كان الولد عاقلا حاضراً فلا إلا أن يتمرد فبإذن الحاكم لأنه يمكن إجباره بحضوره بخلاف الغائب، فإن لم يكن في الناحية أو وقت الحاجة حاكم فبإذن من صلح، فإن لم يوجد فله أن يأخذ من مال ولده المتمرد الحاضر ما يحتاج

إليه من تلك الأعيان الموجودة وإن لم يرض الولد . وأما إذا لم يجد الوالد شيئاً من تلك الأعيان ليستنفق منها بل وجد شيئاً آخر ﴿ فلا يبيع﴾ ولا يؤجر الوالد ﴿عنه﴾ يعنى عن ابنه الصغير أو الغائب ﴿عرضا﴾ وهو المتاع وكل شيء سوى الدنانير والدراهم من مال ذلك الولد ﴿إلا بإذن الحاكم﴾ إن كان ثمة حاكم وإلا فبإذن من صلح وقت الحاجة ، لأن حدّ الغيبة فى باب النفقات ـ هى ما يتضرر بها من هى له والفرق بين العروض وبين الدراهم والدنانير ونحوها أن بيع العروض لأمر يخصّه وهو الاستنفاق محتاج إلى إذن الحاكم ولو كان له ولاية على بيع مال ولده الصغير كما أن ليس للحاكم أن يحكم لنفسه ولو كان إليه ولاية الحكم، بخلاف الدراهم والدنانير ونحوها من الأعيان فهى نفس ما وجب .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا باع الأب لحاجة ولده غير المكلف فى النفقة أو غيرها دخل الأب فى ذلك على جهة التبعية فينفق على نفسه من ذلك .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ على كل موسر ﴾ ولو صغيراً أو مجنونا ﴿ نفقة ﴾ كل ﴿ معسر ﴾ وسواء كان المعسر قويا أم ضعيفا صغيرا أم كبيرا كسُوبا أم لا . وإنما يجب ذلك بشرطين: ﴿ أحدهما ﴾ أن يكون ذلك المعسر ﴿ على ملته ﴾ أى على ملة الموسر وهذا الشرط فى غير الأبوين وأما هما فلا يعتبر فيهما .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون ذلك الموسر ﴿ يرثه ﴾ أى يرث المعسر ﴿بالنسب﴾ فيجب عليه من النفقة على قدر إرثه من المعسر إذا لم يسقطه وارث آخر . وذوو الأرحام ينفقون على قدر الإرث عند عدم المسقط ، وقوله بالنسب احتراز من أن يرثه بولاء العتاق فلا تلزم المعتق أو بالزوجية فلا تلزم الزوجة نفقة الزوج المعسر إلا أن يكون قريباً لها فتلزمها

﴿فإن تعدد الوارث﴾ لهذا المعسر وهم موسرون جميعا ﴿فحسب الإرث ﴾ تكون نفقة المعسر عليهم كل واحد منهم بقدر حصته من الإرث غير ساقط وبقدر حصته

محجوبا فلو كان بعضهم موسراً وبعضهم معسراً وجبت نفقته كلهـا على الموسر ولا يسقط عنه بقدر حصة المعسر لأن موضعها الصلة والمواساة فلو أسـقطنا عن الموسر بقدر ميراث المعسر بطل الغرض من شرعيتها وهو الصلة إذا لم تحصل كاملة .

مثال ذلك معسر له ثلاث أخوات متفرقات فعلى التى لأب وأم ثلاثة أخماس، وعلى التى لأب خمس وعلى التى لأم خمس، فإن كانوا إخوة متفرقين فلا شىء على الذى لأب لأنه ساقط . « مثال ثان » معسر له أم وأخ لأم موسران وجدٌّ معسر فالـكل على الأم لأن الأخ لأم ساقط بالجد . « مثـال ثالث » معسرة لها بنت معسرة وثلاث أخوات متفرقات موسرات كانت نفقتها على التى لأب وأم وحـدها إذ هى العصبة وحدها مع البنت ونفقة البنت على بيت المـال . فإذا ماتت الأم وبقيت بنتها معسرة وخالاتها المعسرات لا وارث لها سواهن كانت نفقتها عليهن أخماساً . « مثال رابع » امرأة معسرة لها بنت معسرة وأم موسرة وأخ لأب موسر كان على الأم ثلثهـا وعلى الأخ لأب ثلثاها وذلك على قدر إرثهما بعد تقدير عدم البنت لأنها صارت كالمعدومة لإعسارها ونفقة البنت تـكون على بيت المال ، ويقاس على ذلك غيره من المسائل .

وقوله ﴿ غالبا ﴾ احتراز من الأولاد فعلى الرؤوس » فيكون على الابن نصف وعلى البنت نصف . مثـال ذلك : معسر له بنت وابن موسران فالنفقة ليست على حسب الإرث بينهما بل تكون نصفين على الإبن نصف وعلى البنت نصف وذلك لاشترا كهما فى الأبوة والبنوة وهذا حيث كانا كبيرين معا أو صغيرين معا فإن كان أحدهما صغيرا والآخر كبيرا وأمكن الأب التكسب فعلى الـكبير نصف النفقـة والنصف الآخر يتكسَّب الأب لتحصيله مع نفقة الصغـير، ولا يقال ان الصغير كالمعسر فتجب على الـكبير جميع النفقة وكذا نحو معسرة لها بنت موسرة وثلاث أخـوات متفرقات موسرات فنفقتها كلها على البنت لـكان البنوة .

﴿ فرع ﴾ ونفقة الفقير القريب يجب على الموسر إيصالها إليه فى البلد وميلها

من باب الصلة والمواساة ولايلزم القريب الوصول لها مهما كان قريباً وإن كان القريب المعسر خارجاً عن البلد وميلها لم يجب الإيصال على الموسر .

والذى يجب على الموسر لقريبه المعسر هو الطعام والإدام والدواء وأجرة الحاضنة وقائد الأعمى وحامل المقعد ﴿ وكسوته وسكناه ﴾ على حسب عادة مثله من فقراء البلد ﴿ وإخدامه للمعجز ﴾ عن خدمة نفسه لصغر أو كبر أو مرض أو غير ذلك فإن أطاق لم يخدمه ولو كانت عادته أنه لايخدم نفسه ، وللمعسر طلب الكفيل لما يلزم له من الموسر إذا أراد الغيبة لئلا يعطاله لأنها تسقط بالمطل .

﴿ و ﴾ إذا عجل شيئاً من نفقة القريب فضاع عليه وتلف لزم المنفق أن ﴿ يعوض ما ضاع ﴾ أو تلف ويضمن المعسر للموسر عند يساره ما أضاعه إذ هو تفريط لأن ما عجله إليه كالمشروط إنفاقه على نفسه لا ما فات عليـه بغير جناية ولا تفريط فلا يضمنه فإن عاد ما ضاع كان للموسر الدافع لا للمعسر ، وهـذا بخلاف المعجل إلى الزوجة . وإنما فرق بين المعجل إلى القريب من النفقة والمعجل إلى الزوجة فى عـدم إبدال ما عجل إلى الزوجة سواء تلف بتفريط أم بغير تفريط لأن نفقة الزوجة كالدين ومتى دفع برئت ذمة من هو عليه بخلاف نفقة القريب فهى من باب الصلة فوجب الإبدال لئلا ينقطع غرض الصلة .

﴿ و ﴾ لو مطل الموسرُ المعسرَ ما وجب عليه حتى مضت مدته فإنه ﴿ يسقط ﴾ عنـه الواجب ﴿ الماضى ﴾ زمانه ﴿ بالمطل ﴾ وكان الموسر عاصياً سواء كان الولد أم غيره صغيرا أم كبيرا أم مجنوناً ولو حكم بها حاكم فى المدة الماضية التى مطله فيهـا لأنها شرعت لدفع الضرر وقد زال الضرر فى الماضى بمضى المدة .

﴿ والحيلة ﴾ فى عـــدم سقوط نفقة المعسر عند تمرد القريب الموسر أن يأمر الحاكمُ المعسرَ أن يستقرض مقـدار قوته كل يوم مضيفا القرض لفظا للغائب ثم ينفقه على نفسه .

﴿ و ﴾ حد ﴿ الموسر ﴾ الذى تلزمه نفقة قريبه المعسر هو ﴿ من يملك ﴾ من المال ﴿الكفاية له وللأخص به﴾ وهم الزوجات والأولاد الصغار والأبوان المعسران والخادم، فمن ملك زائداً على كفاية من وجد من هؤلاء غير ما استثنى للمفلس لزمه الانفاق على قريبه المعسر ويعتبر أن يكفيه ذلك ومن هو أخص به من الغلة إلى الغلة ان كانت له غلة مما هو موقوف عليه وإلا فيجب عليه بيع المال ان كان يملكه أو ﴿ إلى ﴾ وقت ﴿ الدخل ﴾ إن كان ذا دخل من يوم أو أسبوع أو شهر وينفق من الزائد على ما يكفيه ولو لم يكف القريب إلى الغلة . فإن لم يكن له مال يكفيه إلى الغلة أو الدخل أو كان ولم يفضل منه شىء لم يلزمه شىء سواء كان كسوبا أم لا فإن لم يكن له دخل فكفاية السنة وينفق الزائد على النصاب .

﴿ و ﴾ حد ﴿ المعسر ﴾ الذى تجب نفقته هو ﴿ من لا يملك قوت عشر ﴾ ليال ولا قيمتها ولا دخل له ﴿ غير ما استثنى[1] ﴾ لفقير الزكاة من الكسوة والمنزل والأثاث والخادم وآلة الحرب[2] فإذا لم يملك قوت العشر لزم قريبه أن ينفق عليه ﴿ و ﴾ إذا ادعى القريب الإعسار لينفق عليه قريبه الموسر وهو منكر لإعساره وجبت ﴿ البينة عليه ﴾ أى على مدعى الإعسار مع اللبس، فإن كان الظاهر من حاله الفقر فلا بينة عليه وإن كان الظاهر من حاله الغنى فلا يصدق فى دعواه .

وأما نفقة الأرقاء فاعلم أنه يجب ﴿ على السيد شبع رقه ﴾ من أى طعام كان من ذرة أو شعير أو غير ذلك مع الإدام والمسكن والدواء ونحو ذلك . وإنما يجب ذلك للرق ﴿ الخادم ﴾ لسيده حسب طاقته على الدوام ولو مما لا يليق به فإن تعددت الخدمة من جهة السيد بأن لا يجد ما يخدمه فيه وجب شبعه كالخادم فلو امتنع من الخدمة

---

(١) قاعدة : أينما وجب للشخص حق استثنى له كالفقير ، وأينما وجب عليه حق استثنى له كالمفلس. فعلى هذا استثنى للمنفق كالفقير وللمنفق كالمفلس اه .

(٢) كما تقدم أول فصل (١٩٣) اه .

لا لعذر سقط وجوب إنفاقه ، وأما لو كان صغيراً أو عاجزاً عن الخدمة لزمانة أو مرض أو عمى لم يجب شبعه بل ينفق عليه بالمستحسن وهو الذى يتضرر بالنقصان منه فقد خالف نفقة الأقارب لما كانت صلة وجب نفقة المثل من المثل .

وأما البهائم فالواجب شبعها وإن لم تعمل إذ لا تكليف عليها .

﴿ و ﴾ تجب له من الكسوة ﴿ ما ﴾ يستر عورته و ﴿ يقيه الحر والبرد ﴾ من أى لباس كان من صوف أو قطن أو غيرهما ، فيكون السيد مخيراً بين القيام بمؤنته ﴿ أو تخلية القادر ﴾ يتكسّب لنفسه فإن تمرّد السيد أجبره الحاكم على أحدهما، فأما لو لم يكن ثَم حاكم أو كان لا يستطيع إجباره فللعبد أن يدفع الضرر عن نفسه بالانصراف إلى حيث يمكنه المراجعة بالإنصاف فإن أنصف وإلا تكسّب بقدر مايستطيع من الخدمة فينفق على نفسه ويدفع الفضلة إلى سيده فإن نقص كسبه عن الإنفاق استقرض الحاكم التوفية ويرجع بها على السيد متى أمكن لأن التوفية لاتسقط عنه .

﴿ فرع ﴾ فإن سيبه سيده راغباً عنه فمتى انتقل ملك نفسه فيمتق ويكون الوَلاء لبيت المال فإن أخذه أحد قبل الانتقال مَلَكه ولا يحتاج إلى نية التملك بل يكفى قصد الفعل كالاحياء .

﴿ وا ﴾ ن ﴿لا﴾ يكن العبد قادراً على التكسب ولم ينفق عليه سيده ﴿ كلف إزالة ملكه ﴾ بعتق أو بيع أو نحوهما ﴿ فإن تمرد ﴾ السيد عن ذلك ﴿ فالحاكم ﴾ يبيعه أو يكاتبه أو يستدين له على السيد أو ينفق عليه من الزكاة إن كان سيده مصرفاً لها أو مواساة إن كان مستحقاً من بيت المال فإن لم يكن أى ذلك أعتقه على مال بشرط لاعقد لئلا يمتنع أو نحو ذلك، فإن لم يكن ثمة حاكم فللعبد أن يبيع نفسه ويسلّم الثمن إلى سيده ﴿ ولا يلزم ﴾ السيد إذا اضطر العبد أو الأمة إلى النكاح ﴿أن يعفه﴾ بالنكاح إلا أن يتضرر بتركه وجب على السيد وصار من باب الدواء .

﴿ و ﴾ من علم بغيره فى البلد وميلها قد أصابته ضرورة الجوع أو العطش أو البرد أو الحر وخشى عليه من ذلك التلف أو الضرر ولم يخش على نفسه ومن يخصه فى تلك الحال إذا أنفق ماعنـده ولم يجد المضطر قرضاً أو من يشترى ماله ولو بدون قيمته فإنه ﴿ يجب ﴾ فرض عين عليـه ﴿ سد رمق ﴾ المضطر من ﴿ محترم الدم ﴾ كالمسلم والذمى وغيرهما . قال فى حاشية السحولى : « مما لايجوز قتله وأمرنا بحفظه ، لامباح الدم كالحربى والمرتد والزانى المحصن والديوث والعقور ومن ضر المسلمين بقطع طريق أو نحوها فهؤلاء وإن لم يجز قتلهم فى غير زمن إمام أو فى زمانه بغير أمره فهم داخلون فى غير المحترم إذ لا يجب حفظهم » .

﴿ فرع ﴾ وكما يجب سد رمق الآدمى المضطر كذلك غيره من سائر الحيوانات التى لاتؤكل ولا يجوز قتلها وسواء كانت له أو لغيره ، فأما لو كانت مما يؤكل وهى له لم يجب، لـكنه يجب تذكيتها إذا خشى عليها ولا يتركها تموت جوعاً أو عطشاً أو نحوهما، وإن كانت لغيره وجب عليه إيثارها مع خشية التضمين .

﴿ فرع ﴾ ويجوز للمضطر أن يأخذ من مال الغير ما يسد رمقه حيث لايخشى على مالـكه الضرر فإن منعه المالك جاز للمضطر مقاتلته فإن قتل المالك فلا شيء عليه وإن قتله المالك قتل به . قال ﴿ المؤيد ﴾ بالله يجب سد رمق محترم الدم اللقيط وغيره ﴿ ولو بنية الرجوع ﴾ عليه أو على مالـكه ، والمختار للمذهب أنه لايصح الرجوع عليه حيث لم يكن له مال فى الحال كما لا يصح الرجوع على القريب .

﴿ فرع ﴾ فإن بذل رب المال تسليم ماله للمضطر على عوض فله ذلك إلى قدر قيمته فإن امتنع المضطر لم يلزم المالك بذله بلا عوض ، وإذا كان المضطر قد ضعف جداً بحيث لايتمكن من بذل العوض لزم المالك إطعامه بنية الرجوع عليه حيث أمره بالإنفاق وإلا فلا رجوع .

﴿ وذو ﴾ الحيوان المملوك كالطير والـكلب والهر و ﴿ البهيمة ﴾ يجب على مالـكه

أن ﴿ يعلف ﴾ البهيمة ويطعم غيرها من الحيوان لكلٍّ مايعتاده ويشبعه وإن لم يعمل إذ لا تكليف عليه ﴿ أو يبيع ﴾ ذلك الحيوان ﴿ أو يسيّب فى مرتع ﴾ أو ملجأ معتاد لمثله يشبع لخِصبه أو توفر الكفاية فيه ولا ضرر عليه فيه من سبع أو غيره فإن كان فيه دون الشبع وجب على مالك الحيوان تمام كفايته أو خشى عليه الضرر وجب عليه حفظه وكفايته ، وأما التسييب فى المدن فلا يكفى بل يجبر على إنفاقه .

﴿ فرع ﴾ والبقر ونحوها من البهائم إذا كان لها أولاد لا يجوز أن يحلب من ضروعها إلا مافضل عن كفاية أولادها لأن اللبن غذاء الأولاد كالعلف غذاء الكبار.

﴿ وهى ملكه ﴾ إذا سيبها غير راغب عنها ﴿ فإن رغب عنها فحتى تؤخذ ﴾ أى فهى فى ملكه حتى يأخذها غيره فتى أخذها الغير بعد التسييب والرغبة عنها ملكها الغير وتكون كالغنيمة لا يصح الرجوع فيها . وفائدة بقائها على ملكه ، أما حيث لم يرغب عنها فيحرم على الغير أخذها والانتفاع بها إلا بإذن مالكها والجناية عليها لمالكها ومنها عليه حيث يجب الحفظ . وأما حيث قد رغب عنها لا يأثم الآخذ ويملكها بنقلها له وقبل أن ينقلها الجناية عليها ومنها مضمونة للمسيب وعليه فلو أخذها آخذ ثم اختلف هو ومالكها فقال مالكها لست راغباً عنها ، وقال آخذها بل رغبت عنها فالمذهب أن القول قول من طابق قوله عرف الموضع الذى سيبت فيه فإن لم يكن ثمة عرف فالظاهر بقاء الملك .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ على الشريك ﴾ فى العبد والبهيمة والقريب ﴿ حصته ﴾ من الإنفاق فإن كان الشريك غائباً أو متمرداً وجب على الحاضر الإنفاق لحصته ﴿ وحصة شريكه الغائب ﴾ وحد الغائب هنا وفى كل حيوان الذى يغيب عند حاجة الحيوان بحيث يخشى عليه الضرر ويعتبر فى غير الحيوان البريد ﴿ و ﴾ كذا حصة شريكه ﴿ المتمرد ﴾ عن الإنفاق ﴿ فيرجع ﴾ على شريكه بقدر حصته من النفقة وغيرها مما غرمه على ذلك الحيوان إذا نوى الرجوع ولو لم يأذن له الحاكم بالإنفاق إذ له ولاية على ذلك ، ولا

فرق فى الرجوع هنا على الشريك بين نفقة القريب وغيره والقول قول المنفق فى قدر النفقة المعتادة لا مدتها فعليه البينة .

﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن الشريك غائباً بل حاضراً غير متمرد ﴿ فلا ﴾ يرجع شريكه عليه بما أنفقه لأنه متبرع إلا أن ينفق بأمر الشريك رجع عليه ﴿ وكذلك ﴾ يجب عليه ويرجع بما أنفقه على ﴿ مؤن كل عين ﴾ مملوكة ﴿ لغيره ﴾ وهى ﴿ فى يده بإذن الشرع ﴾ كالعارية والمستأجرة والمرهونة والوديعة إذا لم يمكن التخلية بينها وبين المالك إذا احتاجت إلى مؤنة من إنفاق أو حفظ أو غير ذلك كان حكم من هى فى يده حكم الشريك يجب عليه القيام بذلك حيث المالك غائباً أو متمرداً ، وكذلك حكم البئر والدار والنهر المشترك إذا احتاج إلى إصلاح . قال الإمام عليه السلام : وقولنا بإذن الشرع احتراز من المغصوبة فإنه لايرجع بما أنفق عليها ، وكذا لو بنى بناء أو نحوه وهو لا يعلم الاشتراك بل معتقداً أنها ملكه ثم بان الاشتراك لم يصح رجوعه لعدم النية لأنه بنى لنفسه .

﴿ مسئلة ﴾ ولا يجبر على إصلاح شجرة أو بناء فى ملكه فإن كان مشتركاً فإنه يجب على الشريك إصلاحه مع غيبة شريكه أو تمرده .

وقوله ﴿ غائباً ﴾ احتراز من الضالة واللقطة فإن لمن هى فى يده أن ينفق عليها ويرجع على مالكها إذا نوى الرجوع ولو كان مالكها حاضراً غير متمرد قبل أن تتبين أنها له، واحتراز من المبيع قبل التسليم وعوض الخلع قبل التسليم فإنه لايرجع بما أنفق عليهما وإن نوى الرجوع ولو كان المالك غائباً أو متمرداً .

﴿ والضيافة ﴾ واجبة ﴿ على أهل الوبر ﴾ وهم الذين لا يباع عندهم الطعام المصنوع كأهل البادية، وليست على أهل المدر وهم الذين يباع عندهم كالمدن لوجود مايحتاجه النازل من طعام وغيره للبيع. وهى فرض كفاية على أهل المحل حتى يقوم به البعض منهم، وإلى الضيف تعيين من يرجع عليه وليس لمن يرجع عليه الرجوع على أهل بلده

وقدجرى العرف فى كثير من الجهات بالمداولة، فمن كانت نوبته تعيّن الوجوب عليه. وللضيف ولو معه زاد مطالبته بما له من حق الضيفة لـكل مايليق به على قدر حاله، ولو نزل على ذمى أو نزل عليـه ذمى ، ويدخل فى ذلك مال الصغير والمجنون والوقف ولو لمسجد لأنه حق فى المـال فأشبه الزكاة ، وقدر الضيافة ثلاثة أيام وإذا تـكرر نزول الضيف فالعبرة بالعرف فى تسميته ضيفاً وإن قربت المسافة أو المدة .

﴿ فرع ﴾ إذا جاء رجل إلى رجل ضيفاً وقال آخر أنا أضيفه وسكت الذى جاء إليه الضيف فإن كان قصدالمضيف المروءة إلى الضيف فلا شىء على الذى وصل الضيف إليه، وإن فعله مروءة إلى المضيف وجب القضاء على الذى جاءوا إليه وإن لم يقل ضيف عنى بل سكت ورضى، وأما إذا كره الذى جاءوا إليه فالمضيف متبرع .

﴿ فرع ﴾ إذا جاء ضيف إلى رجل وذبح له شيئاً ودعى أهل بلده وكان مما العادة فيـه المعاوضة وأراد الضيف أن يقضى المضيف وكان فى دعائه غير الضيف إكرام له وجب عليه مثل مافعل، وإذا وصل ضيف إلى عند رجل وفعل له فوق الذى يعتاد وجب القضاء ، وأما الضيافة المعتادة فهى واجبة لا يجب قضاؤها .

﴿١٩٢﴾ ﴿ باب الرضاع ﴾

هو بكسر الراء وفتحها : لغة اسم لمص الثدى وشرب لبنه ، وشرعاً عبارة عن حصول لبن المرأة فى ممدة الصبى بشروط . وحكم الرضاع وحكم النسب فى تحريم النكاح وتجويز النظر وكونه محرما فى السفر والخلوة لا فى الإرث وثبوت النفقة والقود والعقل والحد للسرقة وصرف الزكاة والعتق ونحوها من سائر أحكام النسب فلا تثبت بالرضاع .

﴿ فصل ﴾

فى بيان شروط الرضاع وأحكامه : ﴿ و ﴾ اعلم أن ﴿ من ﴾ رضع من امرأة لم يثبت حكم الرضاع إلا بشروط خمسة لا تتم من دونها : ﴿ الأول ﴾ أن يكون اللبن ﴿ وصل جوفه ﴾ أي معدته وهى مستقر طعامه وشرابه وسواء كان فى رضعات أو رضعة أو دونها مهما وصل المعدة ولو تقيأه فلو لم يصل إلا الحلق أو الصدر لم يثبت حكمه ويكفى فى ذلك غالب ظن المرضعة . ﴿ الثانى ﴾ أن يكون دخوله إلى المعدة ﴿ من فيه أو أنفه ﴾ أو نحوهما كعينيه وأذنه فيقتضى التحريم كالواصل من الفم ، ولو أخذ فى «الحا» وهو « السّعط » المعروف بصنعاء « بالمنشق » وأوجره ، أو فى ممص وهو الثدى الصناعى أو غير ذلك من أوجه الاستعمال إذا وصل المعدة من الفم أو نحوه لا لو وصل إلى المعدة من الحلق أو الصدر أو البطن أو الدبر أو نحو ذلك فلا يقتضى التحريم . ﴿ الثالث ﴾ أن يكون الرضاع والصبى ﴿ فى الحولين ﴾ تحديداً من بعد انفصاله من فرج أمه فلو كان قد تعداهما ورضع بعد ذلك لم يؤثر . ﴿ الرابع ﴾ أن يكون ﴿ لبن آدمية ﴾ ولو كافرة لا غيرها. فلا يحرم لو ارتضع صبيان لبن رجل أو خنثى أو بهيمة لم يصيرا أخوين . ﴿ الخامس ﴾ أن تكون تلك الآدمية قد ﴿ دخلت ﴾ فى السنة ﴿ العاشرة ﴾ وسواء علم بلوغها أم لا مهما دخلت فى السنة العاشرة ، لا قبلها فلا يقتضى التحريم ما لم يعلم بلوغها يقيناً فيقتضى التحريم .

﴿ و ﴾ اعلم أن لبن الآدمية يقتضى التحريم إذا اجتمعت هذه الشروط و ﴿ لو ﴾ كانت المرأة التى أخذ من لبنها ﴿ ميتة ﴾ وأما الرضيع فلا بد أن يكون حيًّا ﴿ أو ﴾ كانت المرأة ﴿ بكراً ﴾ لم تلد ولم تتزوج ﴿ أو ﴾ تناول لبنها بعد أن صار ﴿ متغيراً ﴾ كأن صار دهناً أو زبدة أو دماً أو لبناً يابساً ولو بعد طبخه أو غير ذلك من أوجه التغيير فإنه يقتضى التحريم ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من الجبن وهو أن يعقد ما فى معدة

الجدى على لبن امرأة فينعقد جبناً ويأكله الصبى فلا يقتضى التحريم .

﴿ أو ﴾ شرب ذلك اللبن ﴿ مع ﴾ غيره وهو من ﴿ جنسه ﴾ لبن آدمية أخرى فإنه يقتضى التحريم ﴿ مطلقا ﴾ أى سواء كان غالباً أو مغلوباً إذا كان يصل الجوف لو انفصل عن الخلط ﴿ أو ﴾ خلط مع ﴿ غيره ﴾ أى غير جنسه كالماء ولبن البهائم والمرق والسمن والطعام ونحوه ﴿ و ﴾ كان لبن المرأة ﴿ هو الغالب ﴾ لما خلط به فإنه يقتضى التحريم ولا بد أن يقدر أنه لو انفصل وصل المعدة فإن كان اللبن مساوياً لما خلط به أو مغلوباً أو التبس الأغلب منهما فلا تحريم عندنا وتعتبر الغلبة فى المقدار بالكيل لا بالوزن .

﴿ أو التبس ﴾ هل وقع الرضاع بعد ﴿ دخول ﴾ المرضعة فى السنة ﴿ العاشرة ﴾ أم فى التاسعة وهى الآن فى العاشرة فإنه يقتضى التحريم . فأما لو التبس حين الرضاع هل دخلت فى السنة العاشرة أم هى فى التاسعة فإنه يحكم بالأصل وهو عدم دخول العاشرة ﴿ لا ﴾ لو التبس ﴿ هل ﴾ وقع رضاع الصبى ﴿فى الحولين﴾ أو بعد خروجهما وهو الآن قد تعدى الحولين فيحكم بأقرب وقت وهو أنه رضع بعد خروجه من الحولين فلا يقتضى التحريم ، وأما لو التبس حال الرضاع هل جاوز الحولين أم لا فالأصل عدم المجاوزة فيقتضى التحريم .

﴿ نعم ﴾ فمتى حصل الرضاع بتلك الشروط المتقدمة ﴿ ثبت ﴾ حينئذ ﴿ حكم البنوة لها ﴾ وبها فتصير المرضعة حرة كانت أم مملوكة أمًّا له وهو ولدها فيجرى ما تقدم أول الباب من تحريم النكاح وجواز السفر بها والخلوة دون غيرها وغير ذلك من أحكام بنوة النسب ﴿و﴾ كذلك يثبت حكم البنوة ﴿لذى اللبن﴾ وهو زوجها أو مالكها الذى علقت منه وأرضعت بعد العلوق فيصير الزوج أو نحوه أباً للطفل والطفل ابناً له من الرضاع ﴿ إن كان ﴾ للمرضعة زوج أو نحوه فيثبت حكم الرضاع فى حقهما معاً وإلا فالولد لها فحسب ﴿ وإنما يشاركها من علقت منه ﴾ بوطء أو استدخلت ماءه ﴿ولحقه﴾

نسب الولد كما مر من الستة الأشهر والأربع السنين وفى الفراش وغـير ذلك سواء كان فى نـكاح صحيح أو فاسد أو ملك أو شبهة ملك كأمة الابن فان اللبن بعد هـذا العلوق يصير لهما معاً وقبل العلوق لايشاركها فيه .

وقوله « ولحقه » يحترز من أن تعلق منـــه فى نفس الأمر ولا يلحقه فى ظاهر الشرع كالولد المنفى باللعان وكالأمة حيث لم يدعه، وكل ماجاء بعد الإقرار بانقضاء المدة لستة أشهر وما علقت منه بنكاح باطل نحو أن يعلم وهى جاهلة فلا يثبت حكم اللبن لهذا الرجل لعـدم لحوق الولد به . ومهما لحق به فلا يزال مشاركا المرأة فى اللبن ﴿حتى ينقطع﴾ منها بالـكلية ولو لعارضٍ كمرضٍ أو مجاعة ويعمل فى انقطاعه بالـكلية بالظن ، فلو عاد بعد الانقطاع لم يرجع له فيه حق وكان لها وحدها مالم تعلق منه مرة أخرى فيعود له الحق فى اللبن واشتركا فى الحـكم .

﴿ أو ﴾ لم ينقطع منها اللبن لم يزل مشاركا لها ولو طلقها وتزوجت غيره لم ينقطع حق الأول فى اللبن حتى ﴿ تضع ﴾ ولو بعض الحمل الذى هو ﴿ من غيره ﴾ ولو من زنى أو غلط أو شبهة كالنكاح الباطل فمتى وضعت بطل حق الأول .

﴿ و ﴾ إذا طلقها الزوج الأول المشارك لها فى اللبن ثم تزوجت آخر لم يكن للآخر نصيب فى اللبن حتى تعلق منه أيضا، وحين تعلق منه ﴿ يشترك الثلاثة ﴾ فى اللبن وهم الزوج الأول والآخر والمرأة فلا يزالون مشتركين فى اللبن ﴿ من العلوق الثانى ﴾ حيث يلحق به ﴿ إلى الوضع ﴾ لذلك الحمل ولو بعضه كأحد التوأمين حيًّا أو ميتاً، فمن ارتضع منها مابين العلوق والوضع كان ابنا للمرأة والزوج الأول والثانى. وبعد الوضع ينقطع حق الزوج الأول ويبقى حكم الرضاع للمرأة وزوجها الثانى فإن التبس العلوق فبستة أشهر يعنى إذا كان إرضاعه قبل الوضع بستة أشهر اشتركوا فيه إن وضعت فيها.

﴿ و ﴾ قد يكون الابن من الرضاع ابنا ﴿للرجل فقط﴾ دون من أرضعته فيكون ابنا للرجل من الرضاع لا أمّ له وذلك حيث يتغذى ﴿ بلبن ﴾ الرجل ﴿من زوجتيه﴾

وهو ﴿ لايصل ﴾ المدة ﴿ إلا مجتمعًا ﴾ بحيث لو انفصل لبن كل واحدة وحده لم يصل المدة لقلته فإنه فى هذه الصورة إذا جمع فشربه صار ابنًا لزوجهما فقط لا لهما لكنهما يحرمان على الرضيع لكونهما من نساء أبيه .

﴿ ويحرم به ﴾ أى بالرضاع من النساء ﴿ من صيره ﴾ الرضاع ﴿ محرما ﴾ بفتح الميم أوضمها مع تشديد الراء كالأم من الرضاع والأخت من الرضاع لأب وأم أو لأب أو لأم والعمة كذلك والجدة أم الأم وأم الأب وزوجة الأب من الرضاع ونحو ذلك «وعلى الجلة» إنما حرم من النسب لأجل النسب والصهر حرم بالرضاع إلا أخت الابن من الرضاع ونحوها حسب ما تقدم فى النكاح حيث قال « والرضاع فى ذلك كالنسب غالباً » . فاحترز من أخت الابن من الرضاع ونحوها لأنهن يحرمن من النسب ولايحرمن الرضاع . قال فى الأثمار: « وضابط ذلك » أن حرمة الرضاع تنتشر من المرضعة وصاحب اللبن إلى أصولهما وفصولهما ونسائهما وحواشيهما ، وتنتشر من الرضيع إلى فروعه فقط ونسائه ونساء فروعه دون أصوله وحواشيه .

﴿ ومن انفسخ نكاح ﴾ منكوحته ، ﴿ غير مدخولة ﴾ ولو قد خلا بها زوجها مع التسمية لها وكان انفساخ نكاحها ﴿ بفعله مختاراً ﴾ غير مكره على ذلك الفعل الذى فعله وبه انفسخ النكاح فاذا اجتمعت هذه القيود ﴿ رجع ﴾ الزوج ﴿ بما لزم من المهر ﴾ إما كاملا حيث يكون قد خلا بها أو نصفه حيث يكون قبل الخلوة ﴿ عليه ﴾ يعنى على ذلك الذى وقع فسخ النكاح بسببه .

مثال ذلك : أن يكون لرجل امرأتان إحداها كبري والأخرى صغرى فرضعت الصغرى من الكبرى فإنه ينفسخ نكاحهما ويتأبد تحريم الكبرى عليه مطلقا وكذا الصغرى إذا كان قد دخل بالكبرى أو لمسها أو نظر إليها لشهوة وإلا فلا ، ويكون الرجوع بما لزم الزوج من المهر للصغرى على الكبرى حيث تكون هذه الرضعة لها مختارة ولم يأذن الزوج ، وكذا لو دبت الصغرى على الكبرى وتركتها ترضع منها فإن

التخلية منها كالفعل إذ لبنها معها أمانة فيسقط مهرهما معاً ولا رجوع على أحد .
وأما المدخولة فلا يسقط مهرها بحال ولو انفسخ نكاحهما بأى وجه ولا يرجع به على أحد لأنه قد استوفى مافى مقابلته وهو الوطء وكذا نقول يرجع على الصغرى حيث تكون هى التى رضعت بغير فعل الكبرى ولا تخليتها كأن تدب الصغرى وتتناول ثدى الكبرى وهى نائمة فيسقط مهر الصغرى ويرجع الزوج على الصغرى بنصف مهر الكبرى وبجميعه إن كان قد خلى بها أو يكون ذلك بفعل الغير كأن يقرّب الصغرى إلى الكبرى أو يكره الكبرى على إرضاع الصغرى رجع عليه الزوج بمهر الكبرى كاملا إن كان بعد خلوة أو نصفه قبلها ونصف مهر الصغرى ولو كان من الصغرى فعل بتناول الثدى ومص اللبن إذ هى كالملجأة إلى ذلك .

﴿ إلا ﴾ أن يكون الذى فعل الارضاع ﴿ جاهلا ﴾ أنه يحرم وينفسخ به النكاح ﴿ محسناً ﴾ فى إرضاعه بأن يخشى على الطفل التلف أو الضرر فأرضعه ولو كانت الكبرى هى المرضعة للصغرى فإنه لايرجع عليها بما يلزمه للصغرى وهو نصف المهر بهذين الشرطين وهما الجهل بأن هذا الرضاع يفسخ النكاح وأن تكون محسنة لخشية التلف أو الضرر على الطفل. وأما مهر الكبرى فإن كان قبل الدخول بها فلا مهر لها ولو كانت جاهلة محسنة وإن كان بعد الدخول لم يسقط مهرها إذ قد استوفى الزوج مافى مقابله وهو الوطء وإما مع العلم إن هذا الرضاع يفسخ النكاح أو مع الجهل بذلك وليست محسنة بأن لا تخشى على الطفل التلف أو الضرر فإنه يرجع عليها بما لزمه للصغرى وهو ما أوضحناه فى صدر المسئلة .

﴿١٩٣﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان مايثبت به الرضاع وما يترتب عليه من الأحكام فسخاً وتحريماً ونحوهما
﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ إنما يثبت حكمه ﴾ على الزوجين ﴿ باقراره ﴾ أى بإقرار الزوج أو

نكوله أو رده اليمين ﴿أو بينتها﴾ مع التشاجر والحكم ولو كانت الدعوى والبينة من جهة الحسبة، وأماالبينة من دون حكم فلا حكم لها . ويكفى فى اقراره الإجمال نحو أن يقر بأن المرأة محرمة عليه بسبب الرضاع أو أنها أخته من الرضاع أو نحو ذلك فإنه يحمل على الحولين وإن لم يفسره بذلك لأن الإقرار يحمل على ما يوجب التحريم بخلاف الشهادة بالرضاع وأما كيفية الشهادة فلا بد من التفصيل فيها إلا من عارف فيكفى الإجمال ولا تصح إلا من رجلين أو رجل وامرأتين غير المرضعة فإن شهادتها لا تقبل عندنا، وسواء شهدت أنها ناولته ثديها أو وضعت لبنها بين يديه فشربه أو أوجره غيرها لأنها تشهد على فعلها لتجر إلى نفسها حق البنوة . أما شهادة العارف فيكفى فيها الإجمال كالمقر به ويستحب التفصيل. وأما غير العارف فلا بد من التفصيل فى أدائها وتحملها . ففى أدائها أن يشهدا أنه ارتضع فى الحولين أو أطلقا ولم يقولا فى الحولين بل أرخا إلى وقت وتصادق الزوجان بعد ذلك أن ذلك الوقت فى الحولين ، وفى تحملها أن يعرف الشاهدان بالعلم إن فى المرأة لبناً وشاهدا المص المتدارك والثدى فى فمه لا إذا لم يعرفا هل فيها لبن أم لا . ويجوز للاجانب أن ينظروا إلى الثدى فى فم الرضيع لتحمل الشهادة .

﴿ فرع ﴾ قال فى الغيث : فإن لم يكن من الزوج إقرار ولا منها بينة وعلم الحاكم بتواتر أو غيره وجب الفسخ ولزم إجبارهما .

﴿ ويجب العمل بالظن الغالب فى النكاح تحريماً ﴾ أى متى غلب على ظن الرجل أن المرأة رضيعة له كأن يخبره رجل أو امرأة فأكثر حرم عليه أن ينكحها وإن كانت تحته سرحها ويحسن أن يحتاط بالطلاق. أما لو تردد ولم يغلب على ظنه صدق الخبر فإنه يستحب له فراقها ، والعمل بالظن الغالب يكون فى حق الرجل قبل العقد وبعده وفى حق المرأة قبل العقد. وأما بعد العقد فلا تعمل بظنها لأن فيه إبطال حق غيرها ويثبت لها تحليفه إذا ادعت عليه أنه يظن الرضاع أو يظن صدقها فى دعوى ذلك.

﴿ فيجبره الزوج المقر به ﴾ أى إذا أقر الزوج أنه غلب على ظنه أنها رضيعته أجبره الحاكم وكذا المسلمون بأعتزالها وتسريحها من باب النهى عن المنكر لبطلان النكاح بإقراره بغلبة ظنه .

﴿ و ﴾ إذا تصادق الزوجان على الرضاع بينهما ثبت حكمه كما مر و ﴿ بإقراره ﴾ يعنى الزوج بالرضاع ﴿ وحده ﴾ وهى منكرة ﴿ يبطل النكاح ﴾ بينهما ﴿ لا الحق ﴾ الذى لها عليه وهو المهر ونفقة العدة والكسوة فلا يبطل ويجوز لها أن تتزوج بعد انقضاء العدة وإن لم تظن صدقه وليس لها أن تطالبه ولا للحاكم إجباره أن يحتاط بالطلاق لأن إقراره فى معنى الطلاق ، وإذا رجعت الزوجة إلى تصديق الزوج فى حصول الرضاع بينهما صح منها ذلك بعد الإنكار وسقطت به حقوقها .

﴿ والعكس فى إقرارها ﴾ وهو أنها إذا أقرت المرأة بالرضاع بينهما وأنكر الزوج ذلك ولا بينة لها بطل حقها من الزوج من نفقة وكسوة وغيرهما ولا يبطل النكاح ﴿ إلا المهر ﴾ فلا يسقط إذا أقرت بالرضاع ﴿ بعد الدخول ﴾ لا الخلوة فتستحق الأقلُ من المسمى ومهر المثل إذ قد استوفى الزوج ما فى مقابله وهو الوطء ، ويجب عليها أن تمنع نفسها وتدافعه ولو بقتله لأنه مع علمها بالرضاع يريد أن يفعل بها محظوراً ، وإذا مات لم ترثه إلا أن ترجع إلى تصديق زوجها وتكذيب نفسها فى ذلك كله فتستحق ما قد سقط من حقوقها وأخذت ميراثها لأن رجوعها يوجب عليها حكم النكاح وهى العدة فيثبت المهر والميراث ولو بعد الموت .

والله أعلم

﴿١٩٤﴾ كتاب البيع

البيع والشراء هما من أسماء الأضداد : فيطلق الشراء على البيع كقوله تعالى : « وشَرَوْه بثمن بخس دراهم » أى باعوه ، ويطلق البيع على الشراء كقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « لا يبيع أحدكم على بيع أخيه » أى لا يشتر ، وكذلك الاشتراء والابتياع فإنهما يطلقان على فعل البائع والمشترى لغة إلا أن العرف قد خص البيع بفعل البايع ، وهو إخراج الذات من الملك ، وخص الشراء والاشتراء والابتياع بفعل المشترى : وهو إدخال الذات فى الملك . وله حقيقتان : لغوية وشرعية : أما اللغوية فالبيع هو الإيجاب والقبول فى مالين ولو بالمنابذة لأن الرجل فى الجاهلية كان يقول إذا نبذت إليك هذا الثوب فقد وجب البيع ويسمى بيعًا، وأما حقيقته الشرعية: فجملية ، وتفصيلية : أما الجملية فهو الإيجاب والقبول فى مالين مع شرائط . وأما التفصيلية : فهو الواقع بين جائزى التصرف المتناول لما يصح تملكه بثمن معلوم بلفظين ماضيين أو ما فى حكمهما كما سيأتى .

والأصل فى البيع من الكتاب قول الله تعالى : «وأحلّ الله البيع وحرّم الربى» ومن السنّة[1] قول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم: «البيعان بالخيار مالم يفترقا»[2]

---

(١) ومن السنة أيضا قوله صلى الله عليه وسلم « لأن يأخذ أحدكم حبله فيأتى بحزمة حطب على ظهره فيبيعها فيكف بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أم منعوه » رواه البخارى ، وفى هذا الحديث إشارة إلى ما يجب على الإنسان من العمل فى هذه الحياة فلا يحل له أن يهمل طلب الرزق اعتمادا على سؤال الناس، كما لا يحل له أن يستنكف عن العمل سواء كان جليلا أو حقيرا بل عليه أن يعمل بما هو متيسر له. وقد أجر على عليه السلام نفسه من امرأة، وقيل من يهودى كما يأتى لفظ الحديث أول فصل ٢٣٧ ولم يستنكف من العمل الشاق فى تحصيل القوام من العيش » ومنها قوله صلى الله عليه وآله وسلم « أفضل الكسب بيع مبرور وعمل الرجل بيده » رواه أحمد والطبرانى وغيرهما . والبيع المبرور هو البيع الذى يبر فيه صاحبه فلم يغش ولم يخن ولم يعص الله فيه . (٢) وفى رواية « مالم يتفرقا » وتمامه « فان صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما » رواه أحمد والبخارى ومسلم عن حكيم بن حزام اه .

والمراد فرقة أقوال لا فرقة أبدان . والإجماع منعقد على جوازه إذ هو من أكبر الوسائل الباعثة على العمل فى هذه الحياة الدنيا وأجل أسباب الحضارة والعمران .

واعلم أن البيع والشراء ينقسمان إلى خمسة أقسام لأن كل واحد منهما قد يكون واجباً وذلك عند دفع الضرر كسدّ الرمق وشراء ما لا يتم الواجب إلا به ، ومحظوراً إذا تضمن الربٰى ، ومندوباً إذا كان للإنفاق على الطاعات ، ومكروهاً إذا كان فاسداً بغير الربٰى أو كان عند النداء [1] أو فى المسجد حيث دخل تبعًا للطاعة وإلا حرم ، ومباحًا وهو ماعدا ذلك ما لم يلحق بأى قسم مما تقدم .

﴿ فصل ﴾

فى شروط البيع التى لا يصح ولا ينفذ إلا مع كمالها ﴿ وشروطه ﴾ ستة عشر شرطاً : منها ماهو للصحة ، ومنهاماهو لنفوذ العقد فقط مع كونه صحيحاً . وهى على ثلاثة أضرب : ضرب يرجع إلى العاقد ، وضرب إلى العقد ، وضرب إلى المال الذى يتناوله العقد . أما مايرجع إلى العاقد فهو أربعة :

﴿ الأول ﴾ ﴿ إيجاب مكلف ﴾ وهو البالغ العاقل . وأوجز من ذلك أن يقال: هو إيجاب وقبول من صحيح تصرف ﴿ أو مميز ﴾ احترازاً من الصبى والمجنون والمعتوه [2] وغيرهم ممن لا تمييز له ولو كان مراهقاً وهو الذى دخل فى سنة البلوغ فإنه لا يصح عقده ولا تلحقه الإجازة لوفطن من بعد ، أما مع حصول التمييز فيصح ولكن لا ينفذ إلا مع الإذن أو لحوق الإجازة من الولى . وأما السكران المميز فينفذ عقده مهما ميز ، وإلا فلا ينفذ ولايصح .

---

(١) نداء صلاة الجمعة . وقوله « وذروا البيع » الأمر يقتضى الوجوب .

(٢) المعتوه هو ناقص العقل اه .

﴿ فائدة ﴾ كل إيجاب وقبول حصل على مالَين فهو بيع وعلى منفعة ومال اجارة، وعلى مال وبضع نكاح ، وعلى طلاق ومال خلع ، وعلى مال وحده هبة .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يصدر الإيجاب من ﴿ مختار ﴾ ولو كان هازلاً أمَّا إذا كان مكرهًا فلا يصح عقد المكره[1] بغير حق سواء باع أم اشترى من المكره أم من غيره وسواء باع بقيمته أو بأكثر فلا يصح ولو أجاز بيعه من بعد مختاراً لأن عقد المكره كَلَاعقد . قال فى البيان : « إلا حيث نوى الصحة عند عقده فإنه يصح والقول قوله لأنه لا يعرف إلا من جهته » . فأما إذا كان الإكراه بحق كأن يكرهه الحاكم على البيع لقضاء الدين أو لنفقة زوجته أو نحو ذلك فإنه يصح البيع مع الإكراه ويصح بيع المكره أيضاً إذا كان الإكراه مؤكداً للإذن كقول السيد للغير بعْ عبدى وإلا قتلتك .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يقع الإيجاب من ﴿ مطلق التصرف ﴾ فلا ينفذ من العبد والصبى المميز غير المأذونين لأنهما محجورا التصرف إلا بإذن ومع عدم الإذن يبقى العقد موقوفاً على إجازة المتولى لهما ، وكذا لا ينفذ بيع المحجور ماله من جهة الحاكم بل يبقى العقد موقوفاً على الإيفاء أو الإبراء من الغرماء .

﴿ الشرط الرابع ﴾ لنفاذ العقد أن يصدر الإيجاب من ﴿ مالك ﴾ المال الذى تناوله العقد ولو كان البائع جاهلاً أن المبيع ملكه ﴿ أو ﴾ يصدر الإيجاب من ﴿ متولّ ﴾ له كالوصى والولى والحاكم. أما إذا صدر الإيجاب من غير المالك أو المتولى فإنه لا ينفذ بل يبقى العقد موقوفاً على الإجازة « غالبا » احترازاً مما أخذه المشترى بالمعاطاة فإنه يصح منه البيع لذلك مع كونه غير مالك ولا متولّ .

﴿ وأما الشروط ﴾ المتعلقة بالعقد فهى سبعة : ﴿ الأول ﴾ أن يأتى ﴿ بلفظ تمليك ﴾ أو نحوه مع قصد اللفظ وإن لم يقصد المعنى وهو التمليك فى مقابل عوض

(١) وحد الإكراه هو ما يخشى معه الضرر اهـ .

نحو أن يقول : بعتُ ، ملّكت ، وهبت، دفعت، جعلت بكذا ، فإن لم يقل بكذا صار اللفظ الأول باطلاً والآخر نذراً والثلاثة المتوسطة هبة ، وكذا لو قال هو لكَ كان إقراراً ، فإن قال بكذا صار بيعاً بخلاف فعلتُ ورضيتُ لأنهما ليسا بلفظي تمليك فلا يصح بهما العقد إلا أن يكونا جوابين بمعنى نعم كأن يقول بعت منى أو شريت منى بكذا ، فيقول له فعلت أو رضيت صح العقـد ، ونحو لفظ التمليك الاسعاد فإذا قال للغير اعتق عبدك عنى على كذا فأعتقه صح لأنه متضمن للبيع .. وكل لفظ أفاد التمليك ﴿حسب العرف﴾ نحو شطت، كات ، فى بيع الطعام ، وكذا قضيت إذا قضاه عما بذمته ولو كان القضاء من جنس الدين ، وكذا بلفظ الصلح عما بذمته نحو صالحت . ولا ينعقد بأبحت إلا إذا جرى عرف ولو بلفظ الوصية .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يحصل ﴿ قبول غيره ﴾ وبذلك يخرج المبيع عن ملك البايع ويدخل فى ملك المشترى بحصول اللفظين معاً . قال فى البيان : «والقبول هو أن يقول اشتريت أو شريت أو ابتعت أو تملكت أو قبلت أو أخذت أو قبضت أو تناولت أو حزت أو رضيت لا أن يقول أحسنت » ويصح العقد سواء تقدم لفظ البائع أو لفظ المشترى ، وكذا لو تشابه اللفظان كبعت منك فقال ابتعت أو شريت منك فقال اشتريت أو شريت، أو اختلفا كقوله بعت منك فقال اشتريت أو شريت أو قبلت صح ، وإذا قال بعت منى أو شريت منى فقال نعم أو رضيت أو فعلت صح . أما إذا قال بعت منك أو اشتريت منك فقال نعم فلا يصح .

واعلم أنه يصح بالكتابة والرسالة ولو اختلف المجلس ويكون صريحاً فى البيع إذ لا كناية فى المعاملات بل فى الطلاق ونحوه .. ولا بد أن يصدر القبول من غير الموجب لأنه لا يصح أن يتولى طرفى العقد واحد سواء كان وكيلاً أم ولياً وكذلك فى كل عقد اشتمل على مالين من كل الطرفين كالبيع والشراء والهبة على عوض مشروط .

﴿ فرع ﴾ إذا أراد الأب أو الجد أو الوصى أو الحاكم أو الإمام أن يبيع ماله من الصغير أو يشترى مال الصغير لنفسه لمصلحة فإنه يبيعه إلى الغير ثم يشتريه لنفسه أو للصغير بعد أن يقبضه المشترى وسيأتى تفصيل ذلك فى شرح قوله « ولا يتولى الطرفين واحد أو ما فى حكمه » فى الفصل الآتى .. ومن حق القابل أن يكون ﴿ مثله ﴾ أى مثل البايع فى كونه مكلفاً ، أو مميزاً مختاراً مطلق التصرف متملكا للعين بالقبول أو متوليًا لقبولها إلا أن محجور التصرف يصح شراؤه ويبقى الثمن فى ذمته حتى يفك الحجر أو يجيز الغرماء أوالحاكم ويثبت للبائع الخيار إلا أن يكون عالماً بالحجر فيكون كالبيع إلى المفلس ..

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يكون الإيجاب والقبول ﴿ متطابقين ﴾ فيتناول القبول كلما تناوله الإيجاب مطابقة لفظاً ومعنى أو معنى فقط . فمثال المطابقة لفظاً ومعنى أن يقول بعت منك هذين الشيئين أو الأشياء بألفين فيقول قبلتهما بألفين أو قبلت البيع أو نحو ذلك ، والمطابقة فى المعنى فقط كأن يقول بعت منك هذا الدكان بألفين فيقول قبلت نصفه بألف وقبلت نصفه الآخر بألف فإنه يصح فيهما لتطابق الإيجاب والقبول معنى ، ومن ذلك أن يقول البائع بعتك هـذا العبد بألف وبعتك هذا بألف فقال المشترى قبلت هـذا بألف فإنه يصح أيضاً لأنهما عقدان قبل المشترى أحدهما دون الآخر ، وكذا لو قال قبلتهما أو قبلتهما بألفين صح . وكذا لو قال البائع بعت منك هذين العبدين كل واحد منهما بألف ، فقال قبلت هذا بألف وهذا بألف أو قبلت أو قبلتهما بألفين صح ، وهكذا لو كان البائع شخصين لشىء واحد فقَبِل المشترى بيع أحد الشخصين دون الآخر صح العقد بينه وبين من قبل منه لتطابق الإيجاب والقبول، كما أنه لو قبل منهما معاً لتعدد العقد ، وهـذا حيث باع كل واحد منهما نصفه ولو لم يلفظ بذلك فهو المراد هنا . فأما إذا باع كل واحد منهما كل ذلك الشىء لم يصح قبول نصفه ، وكذا إذا باع شخصان من اثنين شيئاً واحـداً أو شيئين وباع كل شخص

من واحد من المشترين وقبل أحدهما فإنه يصح ، وأما إذا لم يتطابق الإيجاب والقبول لا في اللفظ ولا في المعنى لم يصح البيع كأن يقول بعتك هذين الحصانين بألفين أو كل واحد بألف فقبل المشترى أحدهما بألف لم يصح لأنه تبعيض للعقد . واعلم أن حكم الاجازة في اشتراط المطابقة حكم القبول .

﴿ الشرط الرابع ﴾ أن يكون الإيجاب والقبول ﴿ مضافين إلى النفس ﴾ نحو أن يقول البايع بعتُ - بضم التاء - والمشترى اشتريتُ - بضم التاء - فإن فتح تاء التكلم لم يصح ذلك إلا لعرف في لغته فإنه لا يضر كما هي لغة بعض الجهات ، وكذا سائر الإنشاءات والعقود ﴿ أو ما في حكمهما ﴾ يعني أو ما في حكم الإضافة إلى النفس وهو الجواب بنعم أو « إيه » أو « آه » كما هي لغة العرف ، فإذا قال البائع اشتريتُ مني هذا بكذا فقال المشترى نعم كفى ، وإذا قال المشترى بعت مني هذا بكذا فقال البائع نعم أو نحوها كفى ، ولا يحتاج المشترى أن يقول بعد ذلك اشتريتُ ليكونا مضافين إلى النفس. ولا فرق بين أن يتقدم لفظ البائع أو يتأخر فنعم مقررة لما قبلها إذا تقدمها لفظ ماض صريح مضافاً إلى قائلها كما مثّلنا . أما لو قال البائع بعت منك فقال المشترى نعم ، أو قال المشترى اشتريت منك فقال البائع نعم لم يصح لأن نعم لم تضف إلى قائلها .

﴿ وحاصل هذه المسئلة ﴾ أنه إذا قال البائع للمشترى بعت منك هذا بكذا فجوابه اشتريت أو ابتعت لا لفظة نعم . وإذا قال المشترى للبائع اشتريتُ منك كذا بكذا فجوابه بعت لا لفظة نعم . وأما إذا قال البائع اشتريت مني فجوابه اشتريت أو نعم ، وكذا لو قال المشترى للبائع بعت مني فجوابه نعم أو بعتُ ، وكذا لو قال المتوسط بين المتبايعين للبائع بعتُ بكذا فقال بعتُ وقال للمشترى اشتريت فقال اشتريت صح .

﴿ الشرط الخامس ﴾ أن يكون الإيجاب والقبول ﴿ غير مؤقتين ﴾ أيهما لوقت

ينتهى التمليك به، فلو قال بعت منك هذا شهراً أو قال قبلت البيع منك شهراً لم يصح وكان البيع فاسداً . أما إذا كان العقد مؤقتاً بوقت يبتدئ التمليك به فيصح ﴿ ولا مستقبل أيهما ﴾ بل يكون الإيجاب والقبول بلفظين ماضيين كما مرّ، فلو قال تبيع أو بع هذا منى بكذا فقال بعت كان فاسداً فى غير المحقر إلا أن يقول المشترى بعد ذلك اشتريت صح ويلغو الشرط المستقبل والأمر السابق ، وكذا لو قال البائع تشترى أو اشتر هذا منى بكذا فقال اشتريت كان فاسداً فى غير المحقر إلا أن يقول البائع بعد ذلك بعت صح ويلغو اللفظ السابق المستقبل أو الأمر ، وهذا بخلاف النكاح فإنه يصح بلفظ الأمر ، فلو قال زوّجنى فقال زوّجتك انعقد به النكاح .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط السادس ﴾ أنه ﴿ لا ﴾ بدّ من كون كل واحد من الإيجاب والقبول غير ﴿ مقيد بما يفسدها ﴾ من الشروط التى سيأتى ذكرها فى باب الشروط .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط السابع ﴾ أن ﴿ لا ﴾ يكون الإيجاب والقبول قد ﴿ تخللهما فى المجلس إضراب ﴾ من أيهما فلو قال بعت منك هذا الشيء بكذا فأضرب عنه المشترى إما بمكالمة غيره أو قام لبعض حاجاته أو نحو ذلك مما يدل على الإعراض ثم قبل بعد ذلك لم يصح ، وكذا لو أعرض البائع بعد الإيجاب ثم قبل المشترى لم يصح. ولا بد أن يكون الإيجاب والقبول فى مجلس واحد ، وحد المجلس فى البنيان ما حوته الجدران ، وفى الصحارى ما يسمع فيه الخبر المتوسط فإذا كانا ماشيين معاً وسكت المشترى بعد الإيجاب ثم قبِلَ قبْل أن يتجاوزا المجلس المعتبر للصحارى صح وإن تجاوزا لم يصح. أما لو كانا على سفينة أو على دابة معاً فلا يضر سيرهما ولو تجاوزا المجلس المعتبر .

﴿ أو رجوع ﴾ عن الإيجاب والقبول من المبتدئ منهما سواء كان البائع أو المشترى، فلو رجع الموجب عن الإيجاب بقوله رجعت عن البيع أو لا أبيع أو لست ببائع

أو نحو ذلك مما يدل على الرجوع قبل القبول لم يصح العقد فإن اتفق الرجوع والقبول في حالة واحدة أو التبس أيهما أسبق رجح عدم الصحة[١] .

﴿ وأما الشروط المتعلقة بالمال ﴾ فهي خمسة :

﴿ الأول ﴾ أن يكون البيع والشراء ﴿ في حالين معلومين ﴾ أي المبيع والثمن ففي المبيع لا بد أن يكون معلوم الجنس والقدر جملة كبيع الجزاف[٢] ، أوتفصيلا بأن يذكر مقداره كيلا أو وزناً أو عدداً للبائع والمشتري فإن جهلاه أو البائع كان فاسداً وإن جهله المشتري وحده صح وله الخيار عند العلم ، وكذلك الثمن لا بد أن يكون معلوماً جملة أو تفصيلا لهما معا ، فإن جهلاه لم يصح إلا أن يجهله البائع وحده أو المشتري وحده وكان مما يعلم من بعد صح ، وللمشتري الخيار عند العلم ، فلو اشترى ملكه وملك غيره فإنه لا يصح للجهالة الأصلية بخلاف ما إذا استحق منه شيء فإنه يصح العقد فيما بقي لأن الجهالة طارئة ويكون بحصته من الثمن . وأما حقوق المبيع كالسواقي والطرق وما يدخل في المبيع تبعا فلا يضر الجهل بها ولو لم تذكر .

﴿ فرع ﴾ ويصح أن يكون الثمن منفعة معلومة كخدمة عبد أو حُرّ أو سكنى دار فيثبت للمبيع حكمه وللثمن حكم الإجارة .

﴿ مسئلة ﴾ فلو باع بنقدٍ ثم منع السلطان التعامل به قبل قبضه لزمت قيمته إذ قد صار لكساده كالعروض . وهذا هو الصحيح من المذهب .

﴿ الشرط الثاني ﴾ أن يكون المبيع والثمن مما ﴿ يصح تملكهما ﴾ للبائع والمشتري أما لو كانا أو أحدهما لا يصح تملكه للبائع والمشتري لم يصح بيعه كالميتة والنجس لذاته والموقوف وكذا أرض مكة كرمها الله وكذا لو لم يصح تملكه لأحد المتعاقدين كالخمر في حق المسلم في معاوضته للذمي لم يصح بيعه . ولا بد أن يكون مما يصح تملكه

(١) وهذا يخالف قولهم إن العقد إذا احتمل وجهي صحة وفساد حمل على الصحة اه .
(٢) الجزاف بتثليث الجيم : بيع الشيء بلا كيل ولا وزن اه .

﴿ في الحال ﴾ والمآل ليخرج المدبر وأم الولد وليخرج أيضا الحر قبل أن يصير خلا والصيد في حق المحرم وسيأتي[١] تفصيل ذلك كله .

﴿و﴾﴿الشرط الثالث﴾أن يكون المبيع والثمن مما يصح ﴿بيع أحدهما بالآخر﴾ احترازا مما نهى عن بيع أحدهما بالآخر: إما على جهة الإطلاق كبيع الرطب بالتمر لغير العرايا أو لأجل التأجيل كبيع البر بالشعير نسيئا أو لغير ذلك كبيع اللحم بالحيوان الذي يؤكل لحمه وسيأتي[٢] تفصيل ما لا يجوز بيعه .

﴿و﴾﴿ الشرط الرابع ﴾ أن يقع العقد و ﴿المبيع موجوداً في الملك﴾ أي ملك البائع أو ملك من باع عنه البايع كالصبي فلو لم يكن موجوداً في ملك من ذكر لم يصح العقد إلا في مسئلتين وهما السلم بشرط قبض الثمن في المجلس كما سيأتي في بابه، وكذا بيع ما في الذمة ممن هو عليه بشرط قبض الثمن قبل افتراقهما لئلا يكون من بيع الكالئ بالكالئ إلا أن يحيل به على غيره صح ما لم يكن الذي في الذمة من صرف أو سلَم فإنه لا يصح بيعه .

﴿ الشرط الخامس ﴾ أن يكون المبيع ﴿ جائز البيع ﴾ احترازا من بيع المدبر وأم الولد فإنه باطل وبيع الأمة قبل استبرائها والتفريق بين ذوي الأرحام المحارم في الملك فإن البيع في هاتين الصورتين فاسد . أما بيع السلاح من الكفار وإن كان بيع ذلك غير جائز فإنه يصح . وكذا بيع ما لا يتم الواجب إلا به كالثوب والماء المحتاج إليهما فإنه يصح وإن كان غير جائز. وأما بيع مايقتل كثيره وقليله كالسم فلا يجوز إذ لا نفع فيه ويجوز بيع ما لا يقتل قليله ويقتل كثيره كالزعفران ونحوه .

﴿ ويكفي في المحقر ﴾ وهو ما قيمته دون ربع مثقال[٣] عند بيعه أو إجارته

(١) في فصل ١٩٩ اه .

(٢) في فصل ١٩٩ وفصل ٢٠٠ اه .

(٣) وهو الصحيح في قدر المحقر، ويصح من الريال المتعامل به الآن ثمن ريال ونصف الثمن وبقسه الأربع اه .

من الألفاظ ﴿ مااعتاده الناس ﴾ نحو أن يسأله كيف تبيع هذا فيقول كل رطل بكذا فيقول بعد ذلك زن لى بهذا الدرهم أو نحو ذلك ، فإنه متى وزن نفذ البيع وكذلك ما أشبهه من مكيل أو غيره إذا كان محقراً ولا يلزم البيع بمجرد قوله زِن أو كِل بعد ذكر الثمن بل لا يلزم إلا بعد الكيل أو الوزن إلا أن يجرى عرف بذلك، فلو قال زن بهذا الدرهم ولم يبين كم يزن أو قال زن رطلا ولم يبين بكم كان للمشترى الخيار ولو بعد الوزن .

﴿ واعلم ﴾ أن المحقر تلحقه الإجازة وتثبت فيه الشفعة والخيار ولا يلزم أن يكون ثمنه من الدراهم ويدخله الربى ولعله فى غير المعاطاة من بيعه لأنه لا ربى فى المعاطاة .

قال فى فتح الغفار وشرحه : « و » يكفى « فى البيع الضمنى إسعاد » من الآخر كأعتق عبدك عن كفارتى فيساعد الآخر فيقول أعتقت فيلزم بذلك البيع لأن سؤاله متضمن للإيجاب وامتثال الآخر متضمن لقبول البيع والوكالة فكأنه قال بعه منى بكذا أو أعتقه عنى ، ومثله أن يقول مالكُ العبد أعتق أنا عبدى عن كفارتك فيقول الآخر أعتق أونعم فإنه إذا أعتقه كان بيعا، فنعم قائم مقام قوله إعتق عبدك عن كفارتى وقول مالك العبد أعتقت قائم مقام القبول للبيع وللوكالة ، وكذا لو قال مالك العبد اعتق أنت عبدى عن كفارتك فقال أعتقت» . قال فى البيان : « ثم تجب قيمة ذلك لمالكه على المكفر إن شرطت أو سكت عنها وإن شرط على ذلك قدراً معلوما أو شيئا معينا لزم وإن شرط عدم العوض صح ولم يجب » .

﴿ ١٩٥ ﴾ ﴿ فصل ﴾

واعلم أن البيع والشراء ﴿ يصحان من الأعمى ﴾ وسواء كان العمى طارئا[1] أو أصليا فلو عاد إليه نظره فلا خيار له فى الضياع وغيرها لأن الوصف قائم مقام الرؤية

(١) والمراد بالطارئ ما كان بعد معرفة المبيع والأصلى خلافه اهـ .

ولكن يتضيق خياره عند حصول الوصف له فى الضياع والدور ونحوها أو حصول اللمس فى الثياب ونحوها أو الذوق فى المطعومات أو الجس فى الحيوانات ونحوها وهو الصحيح من المذهب فإن رده فوراً وإلا بطل خياره . ﴿ و ﴾ يصح البيع والشراء من ﴿ الصمت ﴾ وهو الذى اعتقل لسانه عن الكلام . ﴿ و ﴾ يصحان من ﴿ الأخرس ﴾ وهو الذى يجمع بين الصمم والعجمة، والأعجم الذى يسمع ولا يتكلم فتصح عقودهم كلها بالكتابة و ﴿ بالإشارة ﴾ التى تفهم مراده فأما الإشارة من الصحيح فلا حكم لها ﴿ و ﴾ يصح منهم ﴿ كل عقد[١] إلا الأربعة ﴾ وهى الشهادة والإقرار بالزنا والقذف والرابع الإيلاء واللعان، وقد جمعت نظماً :

شهادة ثم إقرار بفاحشة قذف لعان لزوجات وإيلاءُ
فالنطق فى هذه الأشياء معتبرٌ ليست كسائر ما يكفيه إيماءُ

ويلحق بها الظهار: أما الإقالة والكتابة للعبد والإقرار بالقتل فتصح من الأخرس كسائر الإنشاءات . ﴿ و ﴾ يصح البيع والشراء أيضاً ﴿ من مضطر ﴾ إليهما لقضاء دين أو لأجل أن يشترى شيئاً آخر وكذا لو طرد من بلدة فلم يتمكن من ماله فباعه ونحو ذلك من أوجه الضرورة فإنه يصح عقد المضطر ﴿ ولو غبن ﴾ غبنا ﴿ فاحشاً ﴾ فلو أن رجلا فى يده مال لغيره يقر به سراً ويجحده علانية ولم يتمكن منه ذلك الغير فباعه صح البيع وكذا بيع المرأة التى لا تتمكن من بيع مالها لامتناع قرابتها فإذا باعته صح البيع ولو غبنت غبنا فاحشا ﴿ إلا ﴾ أن يكون الاضطرار ﴿ للجوع ﴾ أو لعطش أو لحر أو لبرد أو لركوب مفازة أو لعرى بحيث يخشى على نفسه أو عضو منه التلف

(٢) صوابه كل إنشاء ليكون الاستثناء متصلا لأن هذه ليست عقودا فهو استثناء منقطع اه .

(١) وقد جعلا واحدا لكونهما يمينا اه .

فى الحال فإنه لا يصح بيعه[١] حينئـذ . ولا شراؤه إن غبن غبنا فاحشا وكذلك لا يصح البيع مع الغبن الفاحش لو خاف البائع تلف نفسه أو هلاك غيره ممن تلزمه نفقته أو سـد رمقه إلا أن يجد المضطر فى الميل من يشترى ذلك بقيمته صح البيع بالغبن الفاحش لوباعه به. والغبن الفاحش هو ما زاد على نصف عشر القيمة حال العقد أما لو باع المضطر طعامه أو شرابه فإنه يصح ولو خشى التلف ولـكنه يأثم ، وكذالو باع ما لا يتم الواجب إلا به كماء الوضـــوء أو ثوب الصلاة فإنه يصح ويأثم مع ضيق الوقت .

﴿ و ﴾ يصح البيع والشراء ﴿من المصادر ولو﴾ باع ﴿ بتافه ﴾ وهو الشيء الحقير الذى له قيمته كأن يبيع مايسوى مائة بعشرة فهذا تافه بالنظر إلى المائة ، وقد فسر التافه فى شرح ابن مفتاح رحمه الله بمـا لا قيمة له وفيه نظر إذ المذكور فى تفسير التافه أنه الذى له قيمة كما فى الصحاح وغيره لأن ما لا قيمة له لا يصح أن يكون مبيعا ولا ثمنا ، والمصادر هو من أكره على تسليم مال ظلما فإذا باع ليسلم ما ألزم بتسليمه صح البيع سواء باع من المصادر له أو من غيره وسواء كان قصد المصادر له أن يضطره إلى البيع أم لا فإنه يصح البيع لأنه لم يكره على البيع وإنمـا أكره على تسلم مال ظلما .

﴿ و ﴾ يصح التصرف بالبيع والشراء ﴿ من ﴾ الصبى المميز غير المأذون من وليه ويصح من العبد ﴿ غير المأذون ﴾ من مالـكه إذا كان أحـدهما ﴿ وكيلا ﴾ لغيره أو فضوليا عن الغير وتلحقه إجازة من تصرف عنه ولـكن ﴿لا عهدةعليه ﴾ أى على غير المأذون فى حقوق المبيع بخلاف الوكيل صحيح التصرف فإن عهدة المبيع عليه إذا لم يضف كما سيأتى . ﴿و﴾ يصح البيع والشراء ﴿بالـكتابة﴾ من الصحيح ومن الأخرس

---

(١) والحيلة فى صـحة بيع المضطر أن يشمه إذا كان جائعا هو أو أولاده وزوجاته ثم يشترى منه اه .

ويكونان صريحين فى ذلك إذ لا كناية فى المعاملات، وكذا بالرسالة ولو كانا فى مجلس أو مجالس إذا حصل القبول فى مجلس المرسل أو المكتوب إليه كما مر فى النكاح .

﴿ ولا ﴾ يصح ﴿ أن يتولى الطرفين واحد ﴾ فى البيع والشراء ، وكذا فى كل عقد اشتمل على مالين من كلا الطرفين كالإجارة والهبة بعوض مشروط والصلح بالمال ﴿ أو ما فى حكمه ﴾ أى حكم الواحد وهو أن يوكل ولى الصغير وكيلا يشترى منه مال الصغير أو يشترى للصغير من الولى فإن ذلك لا يصح لأن وكيل الولى قائم مقامه وسواء كان الولى هو الأب أو الجد أو الوصى أو الحاكم أو الإمام ولكن إذا أراد الولى أن يبيع إلى الصغير أو يشترى من مال الصغير لمصلحة فإنه يبيع إلى الغير ثم يشترى لنفسه أو للصغير منه بعد أن يقبضه الغير فلو امتنع المشترى من بيعه كان له استرداده إذ يثبت للولى الخيار لأن المبيع إليه على عوض ولم يحصل ، وللولى أن يشترى مال الصغير من الإمام أو الحاكم أو يبيع منه للصغير لأن لهما الولاية فيما كان لا يصح من الولى ، وكذا للولى أن يأخذ ذلك من الصبى من باب المعاطاة وتلحقها الإجازة كالبيع .

﴿١٩٦﴾ ﴿ فصـــل ﴾

فى بيان ما يلحق بعقد البيع والشراء ﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ يلحق بالعقـد ﴾ أمران وهما ﴿ الزيادة والنقص المعلومان ﴾ قدرهما حال العقد أو بعده. وتتعلق الزيادة أو النقص فى أحد أمور أربعـة ﴿ فى المبيع والثمن والخيار والأجل مطلقاً ﴾ يعنى سواء كانت الزيادة أو النقص فى أى الأربعة قبل قبض المبيع أو بعده فى مجلس التعاقد أو بعده فإنه يصح .

﴿ أما الزيادة فى المبيع ﴾ فنحو أن يبيع منه عشر شياة بمائة درهم فلما تم العقد ـ سواء تفرقا أولا ـ قال البائع قد زدتك هذه الشاة أو غيرها من جنس المبيع أو من غيره

قبل تلف المبيع أو بعده وسواء كانت الزيادة من المالك أو الوكيل المفوّض أو الولى لمصلحة أو الفضولى وأجاز المالك البائع أو المتولى، وسواء ذكرت للمشترى أو للغير وإذا ذكرت للمشترى ثبت لها حكم المبيع فيصح رد المبيع بالعيب الحاصل فيهما لأن حكم الزيادة حكم المزيد فى الرد بالخيارات والرجوع على البائع إذا استحقت للغير كما سيأتى، ولا تفتقر الزيادة إلى قبول بل يكفى فيها عدم الرد فى المجلس . ﴿ وأما الزيادة فى الثمن ﴾ فكأن يقول المشترى بعد انبرام العقد للبائع قد زدتك فى الثمن هذه الدراهم فيستحقها البائع وتثبت لها أحكام الثمن وتلحقها الإجازة إن كانت من فضولى ﴿ وأما الزيادة فى الخيار أو فى تأجيل الثمن ﴾ فمثال ذلك أن يكون لأحدهما مدة معلومة فلما تم العقد أو انقضت المدة قال مَن إليه الخيار أو من إليه الأجل فى الثمن قد زدتك شهراً أو نحو ذلك ، وقس النقص على الزيادة فى المبيع والثمن والخيار والأجل. وإذا ذكر شىء منها قبل العقد لزم إن جرى عرف لأن التواطأ عليه كالمنطوق به حال العقد . ويعتبر فى الزيادة والنقص أمور أربعة : أن تكون أيهما معلومة لا مجهولة ، وأن لا تقع بعد موت أحد المتعاقدين ، وأن لا يقتضى شىء منهما الربى، والرابع أنهما تلحقهما الإجازة إن حصلا من فضولى فأجاز من له الإجازة .

و ﴿ لا ﴾ تلحق ﴿ الزيادة ﴾ فى الثمن ﴿ فى حق الشفيع ﴾ ومثله الخيار والأجل كما سيأتى لأنه يلزم تعجيل الثمن المؤجل . والزيادة فى الخيار نحو أن يكون الخيار للبائع ثم إن المشترى زاد له يومًا أو أكثر فإن الشفيع يشفع ولاعبرة بزيادة الخيار. وأما نقصانه فيصح لأنه تقريب لحقه ، وأما الزيادة فى المبيع فإنها تلحق فى حق الشفيع فيأخذ المبيع مع الزيادة على ما سيأتى تفصيله فى كتاب الشفعة إن شاء الله تعالى . وأما النقصان فى المبيع فإن كان قبل طلب الشفعة صح وأخذ الباقى بحصته. وإن كان بعد الطلب لم يصح .

﴿ و ﴾ إذا اشترى شيئاً وأجّل تسليم ثمنه وأطلق ابتداء الأجل فيكون ﴿ أول مطلق الأجل وقت القبض ﴾ فلو قال بعت منك وأجلتك بالثمن شهراً فإن أول الشهر يكون من يوم القبض للمبيع إن لم يريدا أن ابتداءه من وقت البيع ولا جرى به عرف، فإن أرادا أنه من وقت البيع أو جرى عرف كان من وقت البيع، وكذا لو كان المبيع فى يد المشترى قبضاً كان من يوم البيع ، وهـذا كله إذا كان العقد صحيحاً لا فاسداً فلا يصح التأجيل . وأما الخيار فأول مطلقه من وقت الجعل، فلو قال بعت منك ذلك الخيار شهراً كان أوله من يوم جعل الخيار .

﴿١٩٧﴾ ﴿ فصـــل ﴾

فى أحكام المبيع والثمن والفرق بينهما : ﴿ و ﴾ اعلم أن المبيع يخالف الثمن فى ستة أحكام . ﴿ الأول ﴾ أن ﴿ المبيع ﴾ يجب أن ﴿ يتعين فلا يصح ﴾ أن يكون ﴿ معدوماً ﴾ حال العقد وإذا تعين وجب تسليمه بعينه فلو باع شيئا معدوما فى ملكه كان البيع فاسداً ﴿ إلا ﴾ فى صورتين : « الأولى » ﴿ فى السلم ﴾ لأن من شرط المسلم فيه أن يكون معدوما فى ملك البائع كما سيأتى تفصيله فى بابه «والثانية» ﴿ أو ﴾ كان المبيع معدوما لازما ﴿ فى ذمة مشتريه ﴾ نحو أن يمهر زوجته عبـداً فى ذمته فإنه يصح أن يشتريه ولو كان معدوما ويشترط فى صحة بيع ما فى الذمة أن يقبض الثمن فى المجلس وأن يكون البيع ممن هو فى ذمته ولو بالضمان وأن لا يكون من ثمن صرف أو سلم .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثانى ﴾ أنه ﴿ لا ﴾ يصح أن ﴿ يتصرف ﴾ المشترى ببيع أو هبة أو إجارة أو نحوها ﴿ فيـه ﴾ أى فى المبيع ﴿ قبل قبضه ﴾ ما لم يكن التصرف استهلاكا كالعتق ونحوه والوقف ونحوه وذبح البهيمة وكسر الإناء ونحو ذلك فيصح وسيأتى تفصيله . والتصرف بغير الاستهلاك يجوز ولا يصح إلا فى السلم والصرف

فلا يجوز ولا يصح . اما فوائد المبيع فيجوز التصرف فيها قبل قبضها .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثالث ﴾ أنه ﴿ يبطل البيع بتلفه ﴾ فإذا تلف المبيع حساً لا حكماً بغير فعل المشترى وكان تلفه قبل القبض بطل البيع ، فإن تلف بعض المبيع بطل البيع فى التالف ، وللمشترى الخيار فى الباقى : إما الفسخ أو يأخذه بحصته من الثمن ، أما لو تلف المبيع حكما فلا يبطل كما لو ذبح البقرة فهى باقية فى ملك المشترى ويلزم البائع الأرش ما بين القيمتين إن لم يختر المشترى الفسخ .

﴿ واعلم ﴾ أن التلف رافع لملك المشترى فيرجع الملك للأول لا أنه كاشف عن ملكه، فلو أعتق البائع العبد المبيع بعد البيع ثم قتل قبل القبض استحق البائع القيمة من القاتل ولا حكم لإعتاقه وكذا سائر تصرفاته .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الرابع ﴾ أنه يبطل البيع بـ﴿استحقاقه ﴾ أى المبيع للغير ولم يجز البيع من هوله فلو جاز صح إذ هو قبل الاجازة موقوف مثاله أن يشترى سيفاً أو نحوه فينكشف أنه ملك لغير البائع فيبطل البيع إلا أن يجيز المالك فيصح .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الخامس ﴾ أنه ﴿ يفسخ معيبه ﴾ إذا انكشف ان فيه عيباً وكذا يثبت فيه سائر الخيارات .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم السادس ﴾ أنه مهما استحق أو فسخ فإنه ﴿ لا يبدل ﴾ بغيره ويسلم إلى المشترى بل يرد إليه الثمن ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من المسلم فيه لو استحق أو فسخ بعيب فإنه يبدل . .

﴿ و ﴾ ﴿ أحكام ﴾ ﴿ الثمن ﴾ ليس كالمبيع فى هذه الأحكام بل ﴿ عكسه فى ذلك ﴾ يعنى عكس أحكام المبيع التى مرت فيصح الشراء ولو كان الثمن معدوما فى ملك المشترى ويصح التصرف فيه قبل قبضه مالم يعين ، ولا يبطل العقد بتلفه قبل التسليم حيث عين وهو نقد لا مثلى فهو مبيع ، وإذا كان الثمن من النقود وعين غنا

ثم وهبه البائع للمشترى قبل القبض أو قبضه بغير إذن المشترى فلا تصح الهبة إلا بعد القبض ولا يصح القبض إلا بإذن المشترى .

وقوله ﴿ غالبا ﴾ احتراز من ثمن الصرف وثمن المسلم فيه فإن له من أحكام المبيع أنه لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه لأن من شرط صحته القبض قبل التفرق .

﴿ فرع ﴾ وإذا بيع النقد بالنقد فله من أحكام المبيع أنه لايصح التصرف فيه قبل قبضه، وباقى أحكامه من أحكام الثمن ، ولا يضر كونهما معدومين حال العقد ولكن لابد من التقابض قبل التفرق .

﴿ ومن أحكام الثمن ﴾ إذا كان نقداً وهو دين فى ذمة الغير واشترى به صاحبه شيئا من غير من هو عليه صح ، وهذا بخلاف ما إذا كان مثليا أو عرضا فى الذمة فإنه لايصح .

﴿ ومن أحكام الثمن ﴾ أن يصح أن يكون منفعة معلومة كخدمة أو سكنى دار فيثبت للمبيع حكمه وللمنفعة حكم الاجارة لأن الاجارة تصح بلفظ البيع إذا وقع العقد على منفعة .

﴿ ومن أحكام الثمن ﴾ أنه يصح أن يكون فى ذمة المشترى غير مقبوض قبل التفرق ، ولكن إن كان نقداً فمطلقا إلا فى السلم والصرف فلا بد من القبض قبل التفرق وإن كان مثليا فيشترط أن يكون المبيع قيميا أو مثليا يجوز فيهما النساء كمكيل بموزون أو العكس لا مكيلا بمكيل ولا موزونا بموزون لأنه لايجوز نساء .

﴿ بيان ما يكون مبيعا وما يكون ثمنا من الأشياء ﴾ إذا قابل بعضها بعضا فى التبايع : ﴿ و ﴾ اعلم أن ﴿ القيمى ﴾ من الأراضى والدور ونحوها لا يكون إلا مبيعا مطلقا سواء عين أم لا ولو قابل بعضه بعضا فله حكم المبيع لا حكم الثمن ، فلا يصح أن يكون فى الذمة إلا فى السلم أو إذا كان ديناً على المشترى من قبل الشراء وكان من غير السلم . . ﴿ والقيمى ﴾ هو ما اختلفت أجزاؤه وكثر التفاوت

فيه وليس له مثل فى الصورة ولا مقدار يقدر به .

﴿ والمثلى ﴾ حقيقته عكس القيمى : فهو ما اتفقت أجزاؤه وقل التفاوت فيه وله مثل فى الصورة وضبط بمكيال أو بميزان لا بعدد . « واعلم » أن القيمى يثبت فى الذمة فى أربعة عشر موضعا وهى :

مهرٌ وخلعٌ وإقرارٌ وتزكيةٌ هدىٌ وأضحيةٌ كفارةٌ سلمُ
وصيةٌ ثم نذرٌ موجبٌ ديةٌ كتابة وجزاء لازمٌ ودمُ

ففيما ذكر يثبت القيمى فى الذمة، أما لو باع أو اشترى أو وهب أوأجر أو تصدق بقيمى لا يملكه فى الحال فإنه لا يثبت فى الذمة ولا يصح لكونه قيميا غير موجود .

قال الإمام عليه السلام ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ المسلم فيه مبيع أبدا ﴾ سواء كان مثليا أوقيميا مما يصح السلم فيه فإنه مبيع ولو نقداً بشرط أن لا يكون ثمنه من النقدين ولا موزونا فإنه يكون مبيما ، أما لو كان ثمنه من النقدين فلا يصح السلم فيـــه .

﴿ و ﴾ كذلك ﴿ المثلى ﴾ يكون مبيما إن كان ﴿ غير النقد ﴾ وهو المكيل والموزون وسبائك الذهب والفضة إذا كانت غير مغشوشة ولكن لا يكون مبيما إلا بأحد أمرين : ﴿ الأول ﴾ ﴿ إن عين ذلك ﴾ المثلى كأن يقول بعت منى هـذا الطعام أو ذلك الطعام بهذه السلعة أو بكذا مكالا أو رطلا فإنه يكون مبيما مع التعيين وكذا مافى الذمة منه فإنه كالمعين فيكون مبيما ، ولكن لابد من قبض الثمن قبل الافتراق لئلا يكون من بيع الكالئ بالكالئ . ﴿ الأمر الثانى ﴾ ﴿ أو قوبل ﴾ ذلك المثلى ﴿ بالنقد ﴾ فإنه يكون مبيما كبعت منك هذا الطعام بكذا دراهم ، وكذا لو كان فى ذمته عشرة أصوُع شعيراً فيقضى الغريم بها عشرة دراهم فإن مافى الذمة يكون مبيما ولكن لا بد أن تقبض الدراهم قبل الافتراق . ﴿ وأ ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يعين المثلى ولاقابله نقداً ﴿ فثمن أبداً ﴾ يعنى فى جميع الحالات نحو بعت منى هذا الثوب بعشرة أصوُع براً فإن البر ثمن ، وكذا لو كان مكان الثوب عشرة أرطال عسلا أو سمنا وكذا

لو كان مكانه عشرة أصوُع شعيراً مشاراً إليها أو غير مشار إليها مع وجودها فى الملك ولكن لابد من القبض قبل الإفتراق ﴿ كالنقدين ﴾ أى كما أن النقدين ثمن أبداً أى فى جميع الصور فإن المثلى حيث لم يعين ولا قوبل بنقد يكون مثل النقدين ثمنا أبداً .

﴿ والحاصل ﴾ أن الدراهم والدنانير أثمان بكل حال إلا أن تكون مسلما فيها فبيع، والقيمى مبيع على كل حال وإن قابل بعضه بعضا ، وأما المثلى فإما أن يكون معينا أولا ، فإن كان معينا فهو مبيع سواء قابله قيمى أم مثلى أم نقد[1] وإن لم يكن معينا فإن كان دينا فى الماضى أو فى المستقبل وقابله نقد فهو مبيع ، وإن قابله مثلى أو قيمى فثمن .

﴿١٩٨﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان من تجوز معاملته بيعاً وشراء وتأخيراً، وما يجوز بيعه مما يقع فيه بعض إشكال كبيع الهر والفهد إذا كان فيهما أى نفع :

﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ يجوز معاملة الظالم ﴾ وهو من يأخذ أموال الناس ظلماً، ونحو الظالم وهو من ملك شيئاً من وجه محظور كالبغىّ وأهل الإرتشاء فيجوز معاملتهم مطلقا أى سواء كانت المعاملة ﴿ بيعاً وشراء ﴾ أم غيرها من المعاملات . وإنما يجوز ذلك ﴿ فيما لم يظن تحريمه ﴾ من مغصوب أوغيره، فأما فيما علم أو ظن أنه فى يده حرام فإنه لا يجوز أن يعامل فيه بلا إشكال إلا إذا كان مالك المغصوب غير معين والمشترى ممن يجوز له الصرف من بيت المال فإنه يجوز له التوصل بالشراء وغيره . ولا إشكال أيضاً فى جواز معاملته فيما علم أو ظن أنه حلال، وكذا لو التبس ما فى يد

(١) وما فى الذمة كالمعين اه .

الظالم هل هو حلال أم حرام فإنها تجوز معاملته ، وكذلك لو التبس الشخص الظالم بين قوم ولو منحصرين فإن المعاملة جائزة .

﴿ و ﴾ تجوز معاملة ﴿ العبد و ﴾ الصبي ﴿ المميز[1] ﴾ بيعاً وشراء منهما ﴿فيما لم يظن﴾ المعامل لهما ﴿ حجرهما ﴾ ولو لم يظن إذنهما إذ العبرة فى جواز معاملتهما عدم ظن الحجر لا العادة والعرف فمهما ظن حجرهما لم يجز أن يعاملهما إلا على أن يكون العقد موقوفاً على إجازة المولى أو الولى . ﴿ وهو بالخطر ﴾ بمعنى أنه إذا انكشف أن ما باعه الظالم أو اشتراه ملك فلان لم ينفذ العقد بل يكون موقوفاً على إجازة المالك ، وكذلك لو انكشف حجر العبد أو المميز بقى العقد موقوفاً على إجازة المولى أو الولى .

﴿ و ﴾ يجوز أيضاً معاملة ﴿ ولى مال الصغير ﴾ وولى المسجد والمجنون والوقف فيما تولاه بيعاً وشراء ﴿ إن فعل ﴾ ذلك ﴿ لمصلحة ﴾ الصغير ونحوه اما لغير مصلحة فلا ينفذ العقد ، وإن التبس الحال فسيأتى تفصيل ذلك، والمصلحة نحو أن يبيع المال لدين أو وصية أو لخشية الفساد أو لبطلان المنفعة أو لحقارته ليشترى أنفع منه، ويقدم من المال الأصلح بيعه وإذا قصر فى تحرى المصلحة ضمن ، وإن لم يقصر فلا ضمان عليه إلا إذا أنفق المال على الصغير وهو مستغرق بدين مورثه فإنه يضمن مطلقاً إذا لم يكن للصغير مال آخر فإن كان له فلا يضمن .

﴿ و ﴾ ولى مال الصغير ﴿ هو أبوه ﴾ الحر العدل فلا ولاية لأحد مع وجوده ﴿ ثم ﴾ إن عدم الأب كان الولى ﴿ وصيه ﴾ أى وصى الأب إن كان حراً عدلا ولو أنثى فلا ولاية لغيره مع وجوده . ﴿ ثم جده ﴾ يعنى جد الصغير وإن علا ﴿ ثم وصيه ﴾ أى وصى الجد ، والجد ووصيه أولى من وصى وصى الأب ، وهذا أولى من وصى وصى الجد ﴿ ثم الإمام أو الحاكم ومنصوبهما ﴾ يعنى من نصبه الإمام

(١) تقدمت حقيقته بهامش آخر فصل ١١٧ اهـ

أو الحاكم على مال الصغير فهو أولى من غيره من المسلمين ولكنه متول عنهما فينعزل بموتهما أو عزلهما، ثم إذا لم يوجد أحد من هؤلاء فإلى من صلح من المسلمين مع العدالة وحسن التصرف . فهؤلاء هم أولياء مال الصغير على هذا الترتيب ، فلا ولاية للآخر مع وجود من قبله . أما الأم فلا ولاية لها إلا إذا كانت مرشدة من جهة الصلاحية أى من صلح لشيء فعله مع عدم وجود الإمام والحاكم فهى مثل سائر المسلمين .

﴿ والقول له فى مصلحة الشراء ﴾ أى القول قول الولى فى أن الحظ للصبى فى الشراء فلا يحتاج البائع منه أن يبحث عن المصلحة للصبى فى الشراء إذا كان الشراء بنقد أو منقول وكان الولى غير مؤجر فى الشراء ﴿ و ﴾ كذلك القول قول الولى أن الحظ للصبى فى ﴿ بيع ﴾ ما هو ﴿ سريع الفساد ﴾ كاللحم والفاكهة وما أشبههما مما يفسد قبل بلوغ الصبى، ولو كان غير منقول فلا يحتاج المشترى أن يبحث عن المصلحة للصبى لأن القول قول الولى فى بيع ذلك لا فى شرائه .

﴿ و ﴾ كذلك القول قول الولى فى بيع ﴿ المنقول ﴾ كالثياب والحيوان ونحوهما من المنقولات ، فلا يحتاج المشترى إلى البحث عن المصلحة للصبى فى بيع ذلك لأن الظاهر المصلحة فى ذلك ، فهذه الأمور تجوز مع اللبس من غير بحث إلا إذا غلب الظن فى عدم المصلحة للصبى وجب البحث حينئذ . وأما ماعدا ذلك مع اللبس فالظاهر عدم الصلاح فى جميع الأولياء لا فرق بين الأب وغيره والإمام وحاكمه فيكون القول قول الصبى بعد بلوغه إذا أنكر المصلحة ، والبينة على المشترى واليمين على الصغير البالغ أنه لا يعلم ولا يظن المصلحة ، وكذلك لو بلغ وأنكر البيع .

﴿ و ﴾ القول قول الولى ﴿ فى الإنفاق ﴾[1] أى فى أنه قد أنفق على الصبى ماله إذا كان فى وقت يمكن فيه إنفاقه عادة ويختلف ذلك باختلاف قلته وكثرته ، وكذا لو ادعى أنه أنفق على الصبى من مال نفسه بنية القرض له فالقول قوله قبل بلوغ

(١) إذا كان الانفاق من المنقول وإلا فعليه البينة اهـ .

الصبي أما بعد[١] البلوغ فعليه البينة . ﴿و﴾ أيضاً القول قوله فى أنه قد وقع ﴿التسليم﴾ إلى الصبي بعد بلوغه ، وإذا ادعى الصبي خلاف ذلك فعليه البينة على إقرار الولى لأن الشهادة على النفى لا تصح .

﴿واعلم﴾ أنه لا يكون القول قول الولى إلا إذا كان عمله بغير الأجرة على الوصاية لأنه أمين وحيث يكون بالأجرة فعليه البينة .

﴿و﴾ ﴿لا﴾ يجوز ﴿الشراء﴾ وسائر التصرفات كالهدية والصدقة والنذر ونحو ذلك ﴿من وارث﴾ لميت أو لغائب مع مضى عمره الطبيعى ﴿مستغرق﴾ ماله بالدين فلا يجوز الشراء ونحوه منه حيث ﴿باع﴾ التركة ﴿لا للقضاء﴾ عن الميت ، فإن كان للقضاء جاز وصح[٢] فلو تلف الثمن قبل قبض الغرماء له بلا جناية منه ولا تفريط فلا ضمان عليه وإلا ضمن . ولا يصح بيعه للقضاء إلا حيث لا وصى أو كان ثم وصى وقد تراخى وإلا فالولاية إلى الوصى . وإذا كانت التركة مستغرقة بالدين فليس للوارث أن ينتفع بها على وجه الاستهلاك لها ويجوز له على وجه لا ينقص من قيمتها كزرع الأرض إلا إذا كان الدين أكثر من التركة ضمن الوارث قيمة المنفعة للغرماء . أما لو باع ذلك الوارث لا للقضاء فلا يجوز الشراء منه ويعصى المشترى بقبض المبيع منه . ﴿و﴾ يكون ذلك العقد موقوفاً ﴿ينفذ بالإيفاء أو الإبراء﴾ من الغرماء للميت لا للورثة فإذا قضاهم الوارث أو أبرأوا الميت من دينهم نفذ البيع وإلا لزم المشترى رده ولا ينفذ العقد بالإجازة من الغرماء ، وهذا بخلاف الحجر كما سيأتى ، وهذه المسئلة مبنيّة على أن الوارث ليس بخليفة للميت وهو المختار بمعنى أنه لا ينتقل دين الميت ، إلى ذمته ولا يملك التركة إلا بعد تخليص أهل الدين أو إبرائهم ، ولكن يكون له ملك ضعيف ولذلك ينفذ تصرفه بالإيفاء أو الإبراء أو يبرأ الغاصب أيضاً بمجرد الرد إلى الورثة .

---

(١) قيل ويكون المدعى عليه الحاكم أو الإمام لأن مالا يصح أن يتولاه بنفسه يتولاه الحاكم أو الإمام كما قالوا إن له أن يشترى مال الصغير من الحاكم أو الإمام كما تقدم اه .

(٢) والقول قوله فى أن البيع للقضاء اه .

أما ما كان زائداً على الدين فيكون خليفة للميت فيه، ولـكن يشترط فى نفوذ تصرفه فى الزائد قضاء الدين .

﴿ مسئلة ﴾ لو كان ربع التركة مستغرقاً بالدين فباع الوارث ربعاً ثم ربعاً ثم ربعاً ثم أنه تلف الربع الرابع بطل البيع فى آخر صفقة لتعلق الحق للغرماء بها بعـد بيع الربعين الأولين، فإن التبست الأخيرة كان كالتباس الأملاك: للغرماء ثلث وللمشترى ثلثان .

﴿ فائدة ﴾ فلو مات عن ابنين وعليه دين ، ثم مات أحد الابنين عن ابن ، ثم إن مَن له الدين أبرأ كان الإبراء للميت وتـكون التركة بين الابن وابن الابن نصفين وهذا مبنى على أن للوارث ملك ضعيف كما هو الصحيح .

﴿ و ﴾ ﴿ أما ما يجوز بيعه ﴾ فاعلم أن ﴿ بيع كل ذى نفع ﴾ فى الحال أو فى المآل ﴿ حلال جائز ﴾ وذلك نحو دود القز وبيضه وما أشبهه مما فيـه منفعة حلال كالقرد ، وكذلك الديدان والذباب والنحل بعد موتها بغير فعله لتـكون لفراخ الدجاج. وقوله ذى نفع إشارة إلى مالا نفع فيه كالهر الوحشى والخفاش[1] والعقارب والحيات والفيران ، فهذه لا يجوز بيعها ولا يصح لعدم المنفعة، وأيضاً لا يجوز ولا يصح بيع مايقتل قليله وكثيره كالسم ونحوه إذا كان لا يستعمل إلا للقتل وليس له فائدة . وأما ما يقتل كثيره ولا يقتل قليله كالزعفران فيجوز بيعه . وقوله حلال يحترز مما منفعته غير حلال كالمزامير والأدفاف وما أشبهها فلا يجوز بيعها ، ويجوز بيع الطيور ولو للتلذذ بأصواتها كالقمرى والهزار ، أو بصورتها كالطاووس .. ومهما كان الشىء ذا نفع حلال جاز بيعه ﴿ ولو ﴾ بيع ﴿ إلى مستعمله فى معصية ﴾ إن لم يقصد بيعه للمعصية، وذلك نحو أن يبيع العنب إلى من يتخذه خمراً ، والخشب إلى من يصنعها مزامير

(١) بتشديد الفاء واسمه بلسان العرف « الزرط » وأبو خصيفان اهـ .

وما أشبه ذلك لكن ذلك مكروه ، أما لو قصد بيعه للمعصية كان محظوراً ولكن يصح البيع . ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من بيع السلاح والكراع[1] والطعام والبارود والرصاص ونحو ذلك ولو من الجهة الاقتصادية إذا هو أضر فإنه لا يجوز بيعه إلى من يستعمله فى حرب المسلمين أو مضرتهم من كافر أو باغ أو نحوهما، كقطاع الطريق ولا إلى من يبيعه ممن يضر المسلمين لأنه متعدٍ فى سبب السبب، إلا أن يبيعه بأفضل منه من جنسه أو من غير جنسه كآلة الحرب ﴿ وحاصل الكلام ﴾ فى ذلك أن شراء السلاح والكراع من الكفار ونحوهم جائز إذا عوض بغيره أو بأدنى منه. وأما بيع ذلك أو غيره منهم فإن كان لا مضرة على المسلمين جاز أيضاً وإن كان ثَم مضرة ولو من الجهة الاقتصادية أو غيرها فلا يجوز ولكنه يصح سواء قصد نفع نفسه أم لا.

﴿ أو ﴾ بيع إلى من يستعمله فى أمر ﴿ واجب كالمصحف ﴾ وكتب الحديث من المسلم ونحو ذلك كالماء لمن يتوضأ والثوب لمن يصلى فإنه يصح بيعه ويجوز ، ولكن فى المصحف ونحوه يكون العقد متناولاً للجلد والورق . ولا يجوز بيع المصحف ونحوه من الكافر لأنه لا يرى حرمته .

﴿ واعلم ﴾ أنه يرد من المصاحف والكتب بالغلط الزائد على المعتاد وهو ماينقص القيمة ويعمل فيه بقول عدلين أنه ينقص القيمة لأن الكتابة صفة مقصودة، وكذا لو كان المداد فيها يتقشف أو يلصق بعضه ببعض فإنها ترد لأن ذلك عيب إذا نقصت به القيمة . ﴿ و ﴾ يصح بيع الشيء ﴿ من ذى اليد ﴾ الثابتة عليه كالمستعير والوديع والمستأجر والمرتهن والغاصب . ﴿ ولا تكون ﴾ اليد الأولى ﴿ قبضاً ﴾ فلا تكفى فى صحته قبضه بل لابد من تجديد القبض بعد البيع بغير التخلية فالمنقول وغيره بالتصرف فيه فلو تلف المبيع قبل القبض لم يضمنه الذى هو فى يده وهو المشترى لأنه قد صار

---

(١) اسم يطلق على الخيل والبغال والحمير. وأوضح من هذا بهامش آخر فصل ٦٣ اهـ .

فى يده أمانة بنفس العقد ﴿ إلا فى ﴾ الشيء ﴿ المضمون ﴾ عليه بالتضمين لا بالتعدى كالعارية المضمونة والمستأجر المضمون والرهن إذا كان صحيحاً فإن ثبوت اليد عليها كاف فى صحة قبضه، فإذا تلف فهو من مال المشترى لا الأمانة فإنها تحتاج إلى تجديد قبض ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من المغصوب والمسروق إذا بيع من الغاصب والسارق فإنه وإن كانا مضمونين لكنه بالتعدى لا بالتضمين فيحتاج المشترى إلى تحديد قبض، وإذا تلف المبيع قبل القبض فالمختار أنه يتلف من مال البائع ولا يضمنه المشترى لأنه قد صار فى يده أمانة بنفس العقد فلا يعود غصباً بعد الأمانة من غير موجب لذلك .

﴿ و ﴾ يصح بيع شيء ﴿ مؤجر ﴾ من المستأجر وغيره ﴿ ولا تنفسخ ﴾ الإجارة ببيعه بل يستوفى المستأجر مدته ثم يسلمه سواء كانت الإجارة صحيحة أم فاسدة ﴿إلا﴾ أن الإجارة تفسخ فى ثلاث صور :

﴿ إحداها ﴾ ﴿ أن يباع لعذر ﴾ نحو أن يحتاج إلى المبيع أو إلى بعضه ولم يجد غيره إلا ما يستثنى المفلس، فإذا احتاج إلى نفقة له أو لمن يلزمه نفقته كأبويه وأولاده وزوجته أو كسوة أو دين أو ما أشبه ذلك فإن الإجارة حينئذ تفسخ بنفس العقد ولو رضى المشترى ببقاء عقد الإجارة ولا يحتاج الفسخ إلى حضور المستأجر .

﴿ الصورة الثانية ﴾ قوله أو يبيعه ﴿ من المستأجر ﴾ ولو لغير عذر فإن الإجارة تنفسخ لتنافى الأحكام ما لم يستثن البائع المنافع مدة الإجارة أو أكثر .

﴿ الصورة الثالثة ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ يبيعه من غير المستأجر ولو لغير عذر أيضا ثم يجيز المستأجر البيع فإن الإجارة تنفسخ ﴿ بإجازته ﴾ وكذلك لو أذن أو سلم المبيع إلى المشترى ولو جاهلاً إذا تقدم العقد لأن عقد البيع فسخ للإجارة من جهة البائع وإجازة المستأجر تكميل للفسخ أما لو باعه واستثنى المنافع مدة الإجارة لم تنفسخ الإجارة .

﴿ و ﴾ إذا باع العين المؤجرة على وجه لا تنفسخ الإجارة كما تقدم فإن ﴿الأجرة﴾ حيث لم يستثنها البائع تكون ﴿للمشترى من﴾ يوم ﴿العقد﴾ فى الصحيح، وفى الفاسد من يوم القبض[1] لأن المشترى قد ملك الرقبة والمنفعة، والأجرة هى المسماة، وسواء كان البائع قد قبض الأجرة أم لا لكن ولاية قبضها إلى البائع لأن الإجارة تتعلق به لشبهه بالوكيل غير المضيف وقبض الأجرة من الحقوق، ولا يقال إن الحقوق لا تتعلق بالوكيل إلا بعد القبض لأنه باع وهو مالك .. ومن هنا أخذ المنى[2] إذا باع المالك الأرض وللمستأجر فيها غرامة فإنه يطالبه البائع ولا يرجع البائع على المشترى بما سلمه لصاحب العنى، ولصاحب العَنى حبس الأرض ونحوها حتى يستوفى ما له من الغرامة .

﴿ فرع ﴾ فلو أبرأ البائع المستأجر من الأجرة فإن البراءة بمنزلة القبض فيلزمه أن يسلم للمشترى القسط من يوم العقد فى الصحيح ومن يوم القبض فى الفاسد .

﴿ واعلم ﴾ أن الاجارة حيث لا تفسخ عيب فى المبيع فيثبت للمشترى الخيار إن جهلها عند الشراء لا لو علم أن المبيع مؤجر فلا خيار له إذا عرف مدة الإجارة وقدر الأجرة، وإن جهلهما أو جهل المدة فله الخيار وإن عرف المدة وجهل قدر الأجرة فلا خيار له أيضاً إلا أن يجد فى الأجرة غبناً فاحشاً أو كانت الأجرة من غير النقدين فله الخيار أيضاً إن لم يجر التعامل بذلك وإن جرى التعامل فلا خيار له .

﴿ و ﴾ يصح أيضاً بيع ﴿ مجهول العين ﴾ إذا كان ﴿ مخيراً فيه ﴾ لأحدهما أو لشخص غيرهما معيناً ﴿مدة معلومة﴾ وصورة ذلك أن يقول اشتريت منى شاة من غنمى أو ثوباً من أثوابى أو داراً من دورى على أن تختار أيها شئت فى ثلاثة أيام أو نحو ذلك، فإنه يصح البيع إذا كان المبيع موجوداً فى الملك ولكن يكلف التعيين بعد المدة ، أما إذا كان المبيع مجهول الجنس كشىء أو عشرة أصوُع أو لم يذكر خيار أو

(١) وتكون الأجرة للشفيع من يوم الحكم أو التسليم طوعا كما سيأتى اه .

(٢) المراد بالعنى غرامة المستأجر اه .

ذكر الخيار لهما أو لغيرهما غير معين ، أو كانت المدة غير معلومة فإن البيع لا يصح ويكون فاسداً لأنه يؤدى إلى التشاجر . وهـذا فى ذوات القيم لاختلافها ، أما ذوات الأمثال نحو بيع مد أو رطل من شىء معين وهو لا يختلف فإنه يصح ولو لم يذكر خيار لأن أجزاءه مستوية فلا يفضى إلى التشاجر .

﴿ و ﴾ يصح بيع ﴿ ميراث ﴾ « أو غير ميراث[1] وهو المشترى أو المتهب ونحوهما » قبل قبضه وقبل العـلم بتفاصيله إذا ﴿ علم جنساً ونصيباً ﴾ ولو لم يذكرا حال العقد لأن المعتبر علمهما معاً أو البائع ، ويثبت خيار معرفة مقدار المبيع للمشترى كما فى بيع الجزاف ، أما لو جهلا معا أو البائع فسد العقد فلو علما الجنس والنصيب وجهلا قدر كيله أو وزنه أو عدده صح البيع . مثال ما إذا علم الجنس والنصيب أن أن له ثلث التركة مثلا والميت غنم وبقر ، فيقول البائع بعت منك نصيبى فى الغنم بكذا أو نصيبى فى البقر بكذا فإن هذا البيع يصح ولو لم يعلما ولا أحدهما كمية الغنم أو البقر ، وكذا لو كان الوارث واحداً فإنه يصح وهـذا فيما لا يحتاج إلى تجديد قبض وأما فيما يحتاج كأن يشترى ويموت فلا يصح بيع الورثة حتى يقبضوا ذلك بعـد إعادة كيله فيما اشتراه مكايلة .. أما إذا لم يعلم الجنس ولا النصيب نحو أن يعلم أن الميت خلف مائة شىء ولم يعلم ماتلك الأشياء ولا علم كم نصيبه فى الميراث أو جهل النصيب وعرف الجنس نحو أن يعلم أن التركة مائة شاة ولا يعلم كم نصيبه فيها فإن البيع فى هـذه الصور كلها لا يصح ، وسواء كان الجهل بسبب جهل الورثة أو جهل كيفية التوريث وسيأتى فى الهبة نظير ذلك .

﴿ و ﴾ إذا علم الجنس والنصيب صح بيع ﴿ نصيب من زرع قد استحصد ﴾ أى قد آن حصاده ومن ثمر قد استوى صلاحه فيصح بيعه مشاعا من الشريك أو

---

(١) قرره للمذهب ابن مظفر فى بيانه والفقيه حسين الذويد فى شرحه على الأزهار اهـ .

من غيره ، وكذلك الزهور وسائر البقول والخضراوات من القت[1] وغيره ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن قد آن حصاده ونحوه بل قبله ﴿ فمن الشريك ﴾ يصح بيعه ﴿ فقط ﴾ فإن باعه قبل الحصاد من غير الشريك توقف نفوذ العقد على رضى الشريك، فإن لم يرض الشريك كان العقد فاسداً لأنه لا يباع إلا لأجل القطع وفيه ضرر على الشريك ولا يصح بقاؤه إلى عند القسمة لان القسمة لا تكون إلا عند الحصاد، فإن لم يفسخ العقد حتى استوى الثمر وأدرك الزرع انقلب البيع صحيحاً، فلو باع الشريك صح لأنه قد رضى بإدخال الضرر على نفسه . وكذا يصح إذا كانت الأرض للمشترى. وصورة ذلك أن يعير أو يؤجر أرضه من شخصين للزرع فزرعاها ثم باع أحدهما حصته من الزرع من مالك الأرض. أو اشترط المشترى البقاء مدة معلومة أو جرى العرف بالبقاء مدة معلومة وكذا إذا لم يكن للبائع شريك وباع بعض زرعه فإنه يصح لأنه قد رضى بإدخال ضرر القطع على بقية زرعه .

﴿ قيل ﴾ والقائل الفقيه يوسف. وقوله خلاف الصحيح للمذهب ﴿و﴾ يصح بيع كل ﴿ كامن يدل فرعه عليه ﴾ كالبقل[2] والثوم والبصل والجزر فى منابتها إذا بلغت مدة الانتفاع بها والصحيح للمذهب أنه لا يصح بيع ذلك سواء بيع مع الأرض أم وحده للجهالة الحاصلة فيه لأن المقصود منه مستور فلم يعلم مقداره ، وهذا بخلاف الجوز واللوز فيصح لجرى عادة المسلمين بالتعامل فيه ولأن المقصود منه غير مستور فى الأرض .

﴿ و ﴾ يصح ﴿ بيع ﴾ شيء ﴿ ملصق ﴾ بغيره ﴿ كالفص[3] ﴾ من الخاتم ﴿ونحوه﴾ الخشبة من السقف والحجر من البنيان ونحو ذلك ﴿وإن تضررا﴾ يعنى الملصق والملصق به

---

(١) وهو المعروف بالقضب اه .

(٢) وهو المعروف بالفجل اه .

(٣) بتثليث الفاء كما فى القاموس اه .

ضرراً ينقص القيمة فإن ذلك لا يمنع من صحة البيع ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من بيع الصوف من جلد الحي فإنه لا يصح بيع ذلك ونحوه كالجلد من الحيوان ﴿ ويخيّران ﴾ يعني البائع والمشتري فيما يصح بيعه ﴿ قبل الفصل ﴾ خيار تعذر التسليم للمشتري وخيار الضرر للبائع، فإن فصل بطل هذا الخيار ويبقى للمشتري خيار الرؤية والعيب . قال العلامة حسن بن محمد الشبيبي « ما لم يكن العيب بالفصل وكان الفاصل المشتري بغير أمر البايع أو بأمره ولم يفصل المعتاد » ومؤنة الفصل على البائع لأنه من تمام التسليم .

﴿ و ﴾ يصح بيع ﴿ الصبرة[1] ﴾ وهي الجملة ﴿ من ﴾ شيء ﴿ مقدراً كيلا ﴾ ويعتبر أن يكون بمكيال وكيل لا يختلف فيكون الكيل بالرسْل أو المسح الذي لا يختلف فلو شرط الرزم أو كان عرفا فسد البيع إلا أن يكون التفاوت فيه يسيرا يتسامح به وإلا فلا يصح إلا أن يتقدم الكيل على البيع صح وكان كالجزاف ﴿ أو ﴾ تكون الصبرة مقدرة ﴿ وزنا أو عددا أو ذرعا ﴾ ويعتبر في ذلك عدم الاختلاف فلا بد أن يكون الذراع ونحوه معلوماً لا يختلف، فلا يصح مثلا أن يكون الذرع بذراع رجل غير معين لأنه يختلف ، ولا بذراع رجل معين لأنه يجوز تعذره بموته . هذا وإذا كانت الصبرة مقدرة بمقدار معين لا يختلف صح البيع سواء كان المبيع من ﴿ مستو أو مختلف ﴾ ولبيع الصبرة صور أربع : ﴿ الأولى ﴾ أن يبيعهما جزافا[2] نحو أن تكون ثم جملة من طعام أو عسل أو رمان أو أرض أو ثياب فيبيع تلك الجملة من غير تعيين قدرها بل يقول بعت منك هذا الشيء بكذا فهذا يصح إذا كانت الصبرة

(١) الصبرة ما جمع من الطعام بلا كيل ولا وزن . يقال « أخذه صبرة » أي جملة بلا كيل ولا وزن اهـ .

(٢) المجازفة أخذ الشيء من دون تقدير، ويستعمل في الأقوال والأفعال بمعنى بلا علم ولا تقدير اهـ .

مميزة مشاهدة أو فى حكم المشاهدة نحو ما يكون فى ظرف حاضر، فأما بعت منك ما فى بيتى أو ما فى مدفنى ولا يعلم البائع قدره فلا يصح. وهذا فى غير العقارات أما فيهما فيصح ، وقد نظم السيد صارم الدين كيفية بيع الجزاف بقوله :

بيع الجزاف بلا كيل يزاوله ولا بوزن ولا ذرع ولا عَدَدِ

ويشترط فى بيع الصبرة جزافا أن يكون البائع ﴿ غير مستثنى﴾ لشىء من الصبرة غير معين فإن استثنى فسد البيع ﴿إلا﴾ فى ثلاث صور : ﴿الأولى﴾ أن يستثنى جزءاً ﴿مشاعا﴾ نحو ثلثها أو ربعها أو نحو ذلك فإن البيع يصح ويصيران شريكين وتلحقهما أحكام المشترك . ﴿ الصورة الثانية﴾ أن يستثنى شيئا معينا نحو بعت منك هذه الثياب إلا هذا الثوب صح لقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم « فله ثنياه » وهذا هو بيع الثنايا ، وكذا لو استثنى من المذكاة رأسها أو رطلا من عضو مخصوص « فحيث الباقى يعرف قدره قبل البيع يصح وحيث لا يعرف لا يصح » هذا هو الصحيح من المذهب كما فى البيان . ﴿ الصورة الثالثة ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ يستثنى قدراً معلوماً على أن يكون ﴿ مختاراً ﴾ لذلك القدر من تلك الصبرة فى مدة معلومة « فى غير مثلى » نحو أن يقول بعت منك هذا الرمان إلا ثلاثاً منها أختارها فى ثلاثة أيام أو بعتك هذه الصبرة إلا صاعاً أو رطلا أختاره فى يومين أو نحو ذلك فإنه يصح ولا فرق بين المختلف كالرمان ونحوه والمستوى كاللحم ونحوه لأنه يرتفع الجهل والشجار بالتخيير فى المدة المعلومة حيث الباقى يعرف قدره قبل البيع ويشترط كما تقدم أن يكون الخيار لأحدهما أو لشخص معين غيرهما لا لهما أو لغير معين فيفسد لأنه يؤدى إلى التشاجر .

﴿ الصورة الثانية ﴾ من الصور الأربع لبيع الصبرة قوله ﴿ أو ﴾ قال بعت منك ﴿ كل كذا بكذا ﴾ نحو أن يقول بعت منك هذه الصبرة[1] كل مدّ بدرهم ، أو كل

---

(١) معلومة بالمشاهدة أو ما فى حكمها اهـ .

رطل بدرهم أو كل حبة من الرمان بدرهم فإن البيع يصح ولو جهل البائع قدر الصبرة وقد اغتفرت هنا الجهالة فى الثمن لأنه يعلم فى الوقت الثانى بالكيل أو الوزن أو العدّ أو الذرع. وحيث قد علم المبيع جملة ﴿ فيخير ﴾ المشترى ﴿ لمعرفة قدر ﴾ المالين المبيع و ﴿ الثمن ﴾ وسواء ظهر له أن الثمن ناقصٌ عن جملة المبيع أم زائد أم مساو فله خيار معرفة مقدارى الثمن والمبيع. ويثبت له أيضا خيار رؤية جميع المبيع فيما هو مختلف وفى المستوى إذا لم يكن قد رأى بعضه لأن الأشـياء المستوية التى تباع على مقتضى أنموذجها يكفى رؤية الأنموذج منها ، فإن ثبت أن المبيع دون الأنموذج الذى اشـترى على مقتضاه يكون المشترى مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع .

﴿ الصورة الثالثة ﴾ من الصور الأربع فى بيع الصبرة قوله ﴿ أو ﴾ يقول بعت منك هذا ﴿ على ﴾ أنه مائة ذراع أو مدّ أو مائة رطل أو مائة شاة أو ثوب أو رمانة ﴿ بكذا ﴾ درهم فإن البيع يصح لأن الشرط حالى لا مستقبل ، وكذا لو قال على أنه مائة درهم بكذا صح إذا كان من غير جنس الدراهم وإن كان من جنسها فلا بد من علم التساوى .

﴿ الصورة الرابعة ﴾ فى بيع الصبرة قوله ﴿ أو ﴾ يقول بعت منك هذه الصبرة على أنها ﴿ مائة ﴾ مدٍ أو رطل ﴿ كل كذا ﴾ منها ﴿ بكذا ﴾ نحو كل مدٍّ منها بدرهم ونحو ذلك فإن البيع يصح وللمشترى خيار الرؤية فى المستوى والمختلف كما تقدم . ﴿ فإن زاد ﴾ البيع ﴿ أو نقص فى ﴾ هاتين الصورتين ﴿ الأخيرتين ﴾ من الأربع وهما حيث قال على أنها مائة بكذا أو مائة كل كذا بكذا ﴿ فسد ﴾ البيع ﴿ فى المختلف مطلقًا ﴾ سواء كان الاختلاف فى الجنس أو النوع أو الصفة . وسواء كان معدوداً أم مذروعاً أم مكيلاً أم موزوناً لأنه يؤدى إلى التشاجر على الزيادة والنقصان هل تعيّن من الـكبار أو من الصغار مثلا . ﴿ و ﴾ أما إذا زاد أو نقص ﴿ فى غيره ﴾ أى فى غير المختلف وهو المستوى كالـكيل والموزون والمذروع والمعدود الذى هو مستوى

الحال ليس بعضه أفضل من بعض فإن المشترى يخيّر فى النقص خيار فقد الصفة فيخيّر المشترى ﴿ بين الفسخ ﴾ للمبيع لأجل النقصان ﴿ و ﴾ بين ﴿ الأخذ بالحصة ﴾ من الثمن ، يعنى أنه ينقص من الثمن المسمى قدر ما نقص من المبيع . وإنما ثبت الخيار لأن هـذه الصفة شرطت فى العقد بخلاف مالو اشترى صبرة واستحق بعضها للغير فإنه لاخيار إن لم يتعيب الباقى : ﴿ إلا المذروع ﴾ إذا نقص ﴿ فى ﴾ الصورة ﴿ الأولى ﴾ من هاتين الصورتين الأخيرتين وهى حيث يقول بعت منك هذا الثوب على أنه مائة ذراع بمائة درهم فانكشف أنه تسعون ذراعا فيخير المشترى بين فسخه وأخذه فإن اختار أخذه ﴿ فبالكل إن شاء ﴾ أى إن شاء أخذ المبيع بكل الثمن المسمى وهو المائة الدرهم ، ولو انكشف ناقصاً عما شرط وإن شاء فسخ لأجل النقصان بخلاف مالو كان مكيلا أو موزونا أو معدوداً فإنه يخير بين الفسخ والأخذ بتسعين درهما .

قال الإمام عليه السلام : ولما تكلمنا فى حكم النقصان فى الصورتين الأخيرتين تكلمنا فى حكم الزيادة إذا انكشفت ، وصورة ذلك أن يقول : بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة مد بمائة درهم ، أو على أنها مائة مد كل مد بدرهم فانكشف أنها مائة وعشرة أمداد ﴿ و ﴾ حينئذ يجب عليه ﴿ فى ﴾ هذه ﴿ الزيادة ردها ﴾ ويأخذ المائة بالثمن المسمى إلا أن تكون الزيادة مما يتسامح بمثلها فلا يجب الرد فلو شرط أنه لا يرد الزيادة ولا يرجع بحصة النقصان فسد البيع لأنه رفع موجب العقد ﴿ إلا ﴾ الزيادة فى ﴿ المذروع فيأخذها بلا شىء فى ﴾ الصورة ﴿ الأولى ﴾ وهى الثالثة من الأربع . ولو جهل البايع وهى حيث قال بعت منك هذا الثوب أو هذه العرصة على أنها مائة ذراع بمائة درهم فانكشف أنها مائة ذراع وعشرة أذرع فإنه يأخذ الجميع بمائة درهم فقط ﴿ و ﴾ أما حيث قال على أنه مائة ذراع كل ذراع بدرهم فإنه يخير إن شاء أخذ العشرة الزائدة ﴿ بحصتها ﴾ من الثمن ﴿ فى ﴾ هـذه الصورة ﴿ الثانيـة ﴾ بعقد آخر

فيصح له المبيع جميعه بمائة وعشرة دراهم لأنه جعل كل جزء من المبيع يقابله جزء من الثمن ﴿ أو يفسخ ﴾ البيع إن شاء لأن له الفسخ على التراخى ﴿ و ﴾ يصح بيع ﴿ بعض الصبرة ﴾ من المكيل أو الموزون والمعدود والمذروع ولذلك صورتان :

﴿ الأولى ﴾ أن يبيع بعضها ﴿ مشاعا ﴾ كنصف أو ثلث أو نحو ذلك فهذا جائز مطلقا أى مستوية أم لا ، ويكونان شريكين ولا يخير البايع ولا المشترى فى التسليم من أى الجوانب شاء ، ويصح قبض المبيع بالتخلية بين المشترى والصبرة وما تلف منها بعد التخلية فعليهما معا وتكون مؤنة القسمة قبل القبض على البائع وبعده على قدر الحصص وله أخذ نصيبه منها فى غيبة البائع بعد إيفاء الثمن إن كانت مستوية

﴿ الصورة الثانية ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ يبيع شيئا ﴿ مقدراً ﴾ معلوما نحو مد أو رطل أو رمانة أو ذراع فإن كانت الصبرة مستوية الأجزاء صح البيع مطلقا سواء بين أم لا، عينت جهته أم لا، ذكر خيار أم لا، لكن هذه الصورة تخالف ماقبلها من الأحكام فلا تكون التخلية قبضا ، وما تلف ولو بعد التخلية فعلى البائع ومؤنة القسمة على البائع وليس للمشترى أخذ المبيع بنفسه ويعطيه البائع من أى الجوانب شاء ولو كانت مستوية الأجزاء إلا أنه ليس للبائع تفريق الأذرع على المشترى فى الأرض والثوب بل يقرها له متصلة لأنه يتضرر بتفريقها . أما المختلفة فلا يصح بيع الجزء المقدر إلا إذا ﴿ ميز فى المختلف قبل البيع ﴾ إما بعزل أو إشارة أو نحو ذلك ولو كان التمييز جملة لاتفصيلا فإن لم يميز فسد البيع لأنه لايصح بيع المجهول إلا إذا شرط الخيار لأحدهما كما سيأتى هذا فى المكيل والموزون والمعدود . أما المذروع من ثوب أو أرض إذا اختلفت أجزاؤه فقد أوضحه بقوله :

﴿و﴾ يصح إذا ﴿عينت جهته فى مختلف المذروع﴾ فإن لم يعين فسد البيع إلا إذا قصد لشياع نحو أن تكون الأرض مائة ذراع فباع منها عشرة أذرع وتصادقا على أنهما أرادا عشر لأرض مشاعا صح ذلك . وأما مستوى المذروع فلايحتاج إلى تعيين فيصح أن يبيع منه

عشرين من هـذه الأرض المستوية وتكون كشراء الجزء المشاع . ﴿ وكذا ﴾ يصح البيع ﴿ إن شرط الخيار ﴾ لأحدهما أو لغيرهما ﴿ مدة معلومة ﴾ كثلاثة أيام ونحوها فيختار ذلك البعض من الصبرة فى مختلف المكيل والموزون والمعدود يختار من أى الجهات شاء فى مختلف المذروع ﴿ لا ﴾ لو قال بعتك ﴿ منها ﴾ أى من الصبرة ﴿ كذا بكذا ﴾ نحو عشرين مداً أو ذراعا بأربعين درهما فنى هذه الصورة يفسد البيع ﴿ إن نقصت ﴾ الصبرة عن العشرين لأنه باع الموجود والمعدوم فيفسد[1] فان وجدت قدر ما قد سمى صح البيع مستوية أو مختلفة ، وإن وجدت أكثر مما قد سمى صح فى المستوية فقط، فإن كانت مختلفة فسد البيع إلا الخيار معلوم لأحدهما فيصح .

﴿ أو ﴾ قال بعتك من هـذه الصبرة المائة ﴿ كل كذا بكذا ﴾ نحو كل مد بدرهم ﴿ مطلقا ﴾ يعنى سواء قيدت بشرط أم لم تقيد زادت أم نقصت ﴿ فيفسد ﴾ البيع لجهالة جملة مقدار المبيع منها والثمن لأن الثمن يتبعض على كل جزء من أجزاء المبيع، وأجزاء المبيع مجهولة وكذا لو قال بعتك بعض هذه الصبرة بخمسين ديناراً فلا يصح لجهالة مقدار المبيع لأن البعض يقع على القليل والكثير .

﴿ و ﴾ يجب أن ﴿ تعين الأرض ﴾ وكل ماله أصل وقرار كالدار ونحوها من غير المنقول للمبيع ونحوه حال العقد ﴿ بما يميزها ﴾ عما تلتبس بها بما شاء ﴿ من اشارة ﴾ إليها كهذه ﴿ أو حد ﴾ واحد إذا تميزت به حتى لا تلتبس بغيرها كفى كالتى شرقيها المسجد أو اثنين أو ثلاثة أو الأربعة كالقبلى الشامى واليمانى العدنى كما جرت به عادة اليمن والشرق والغربى ، وعلى الجملة حتى يميزها من غيرها بحد أو أكثر ﴿ أو ﴾ يميزها ﴿ بلقب ﴾ نحو إن يقول التى تسمى بكذا فإن أضاف المبيع إلى ملكه لم يحتج إلا إلى ما يميزها عن سائر أملاكه دون أملاك غيره حتى لو قال بعتك

(١) بخلاف بعتك على أنه كذا فيصح ولو نقص، وللمشترى الخيار لأنه قد وقع على جملة وفقدت الصفة اهـ .

أرضى وليس له غيرها صح ، أما لو لم يضف إلى ملكه فلا بد أن يميزها عما يلتبس بها من ملكه وملك غيره .

﴿ فرع ﴾ اعلم أن المبيع إذا كان حاضراً فى المجلس أو مشاهداً فتكفى الإشارة إليه ولا حاجة لوصفه وإن كان غائبا فالحدود أقوى من الاسم فإن ذكر الاسم والحدود فما دخل فيها دخل فى المبيع ولو خرج عن الاسم إذا كان للبائع ، فإن كان للغير لزم أن يحط بحصته من الثمن وما خرج عن الحدود خرج عن المبيع ولو دخل فى الاسم .

﴿١٩٩﴾ ﴿ فصل ﴾

فيما لا يجوز بيعه ولا يصح فى أى حال ﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ لا يجوز ﴾ ولا يصح ﴿ بيع الحر ﴾ سواء باع نفسه أو باعه غيره ﴿ فيؤدب ﴾ المكلف ويفزع الصغير ﴿ العالم ﴾ بحريته من بائع ومشتر ومبيع وكاتب وشاهد – بنظر الحاكم ﴿ ويرد القابض ﴾ ماقبض من الثمن إلى المشترى إن كان الثمن باقيا بعينه كبيراً كان القابض أم صغيراً ، فان تلف ضمن الكبير رد مثله أو قيمته لأن حكم الثمن فى يد البائع كالغصب فى جميع وجوهه إن جهل المشترى وكالغصب إلا فى الأربعة[1] إن علم ﴿ إلا الصبى ﴾ غير المأذون إذا باع نفسه أو باع غيره ثم قبض الثمن فلا يرد إلا ما بقى منه لا ﴿ ما أتلف ﴾ فان كان مأذونا فحكمه حكم الكبير ﴿ فان غاب ﴾ البائع للحر بريداً أو غيبة ﴿ منقطعة ﴾ أى خفى مكانه بعد قبض الثمن ﴿ فالمدلس ﴾ على المشترى حيث هو المبيع لاغيره بأنه ملك لبائعه أو يسأل فيسكت يغرم للمشترى ولو بالسعاية ما دفع ﴿ ويرجع ﴾ المدلس بما غرم من الثمن على القابض متى ظفر به

(١) سيأتى بيانها فى أثناء فصل عدد ٢١٩ انتهى .

﴿ وإلا ﴾ يكن من المبيـع تدليس أو لم يغب القابض بريداً فما فوقه ﴿ فلا ﴾ رجوع للمشترى إلا على القابض .

﴿ ولا ﴾ يصح ولا يجوز عندنا بيع ﴿ أم الولد ﴾ وهى الأمة التى وطئها سيدها فعلقت منه بجنين ووضعته ولو مضغة وادعاه فإذا باعها بعد ذلك ولو جاهلا فان بيعها باطل ﴿ ولا ﴾ يجوز ولايصح أيضا بيع ﴿ النجس ﴾ كالدم والميتة والخمر والعذرة وزبل ما لا يؤكل لحمه والدهن المتنجس والـكلب ولـكن يجوزاقتناؤه وهبته والنذر به والوصية ولا يجوز للبائع استهلال ثمن المتنجس بل يجب عليـه رده للمشترى لأنه فى يده مع الجهل كالنسب فى جميع وجوهه، ومع العلم كالغصب إلا فى الأربعة .. ويجوز بيع زبل مايؤكل لحمه وبيع الثوب المتنجس . ومن سبق إلى شىء من الأزبال المرغوب عنها أو كانت من حيوان مباح فهو أولى بها ، وكذا إذا كانت من حيوانه فهو أولى بها . وإذا وضعت الدواب فى البيوت التى توضع فيها عند الغير فيكون الزبل لرب البيت لالمالك الدواب إذا جرت العادة بذلك، فلو امتنع لزمته قيمة الزبل إجارة للبيت وهذا فى زبل مايؤكل لحمه .

﴿ ولا ﴾ يجوز ولا يصح بيع ﴿ ماء الفحل للضراب ﴾ وهو أن يؤجر لإنـكاح البهائم لأنه يتضمن بيع منيه وهو معدوم فلذا لايصح . أما مايسلم فى ذلك كالملح ونحوه فإن كان لايسلمه إلا لذلك حرم وإن كان يسلمه ولو بدون ذلك وسلم إليه شيئاً إكراماً جاز أخذه ، وكذا مايأخذه السواق أو الغلام يجوز له أخذه لأنه كالأجرة على تقريب الفحل ، وتندب إعادته ويكره تنزيهاً إنزاء الحمير على الخيل . أما أجرة تلقيح النخل فجائزة .

﴿ ولا ﴾ يجوز عندنا بيع ﴿ أرض مكة ﴾ شرفها الله تعالى والمراد بمكة ماحواه الحرم المحرم ، فلايجوز بيع بقاعها ولا أحجارها ولاأشجارها ولا تجوز إجارتها أيضاً، ولـكن من سبق إلى مكان فعمره كان أولى به ، وإذا جىء بالأحجار والأخشاب من

الحل جاز بيعها . والحيلة فى بيع أرض مكة أن يبيع الأحجار التى جاء بها من الحل فيقع البيع عليها وتدخل العرصة لأنها تكون من الحقوق ، وهذا إذا لم يشتر بثمن الجميع وإلا جاءت مسائل الضمير ، يعنى هل تؤثر أم لا ، وهل تعم جميع المحرمات أم مسائل الربى فقط ، والمختار أنها لاتؤثر وتعم فيكون البيع حينئذ فاسداً لأنه انضم إلى جائز البيع غيره فيلزمه أن يتصدق بزائد القيمة. نعم وحكم الحاكم إذا حكم بالملك فيها فلا يسوّغ الملك ويقطع الخلاف إلا بين المتشاجرين فقط . هذا وأما دور حرم المدينة فيجوز بيعها . والحيلة فى الإجارة فى أرض مكة أن يستأجر صاحب البيت على حفظ المتاع والانتفاع بالبناية إذا كانت الأحجار والأخشاب من الحل . ﴿ و ﴾ لا يجوز بيع ﴿ ما لانفع فيه مطلقاً ﴾ أى لم ينتفع به على أى وجه من وجوه الانتفاع كالدمع والبصاق والهوام[1] والحشرات وكذا لبن الخيل والدواب لينتفع بها الفصيل لا يصح بيعه بخلاف لبن الآدمية فيصح بيعه .

﴿٣٠٠﴾ ﴿ فصل ﴾

فيما لايصح بيعه مما يصح تملكه ﴿ ولا يصح ﴾ البيع ﴿ فى ملك ﴾ حقير بحيث ﴿ لاقيمة له ﴾ فى القيمى أو فى مثلى يتسامح به عادة كالحبة والحبتين من الطعام فإن بيع ذلك ونحوه باطل ﴿ أو ﴾ كان له قيمة لكن ﴿ عرض مامنع بيعه ﴾ والعارض المانع للبيع نوعان : نوع يمنع من بيع الملك ﴿ مستمراً ﴾ كأم الولد أو فى الأغلب من الأحوال ﴿ كالوقف ﴾ فإن المال إذا وقف لم يصح بيعه أبداً إلا أن يبلغ حداً لايمكن الانتفاع به فيما قصده الواقف وكذا يصح بيعه إذا خشى تلفه أو فساده أو فساد الموقوف عليه كالمسجد . وكذا لو لم يمكن إصلاح بعضه إلا ببيع بعض منه ، ولكن إذا كان

---

(١) الهوام مالاسم فيها، والحشرات مافيه سم. وقيل الحشرة: الدابة الصغيرة من دواب الأرض وقيل هى الفأر واليربوع ونحوه اهـ .

الواقف واحداً فيصح فى صفقة واحدة ، ولا يجوز بيعه عند خشـية هلاك الموقوف عليه لأنه يجب على المسلمين سد رمقه .

﴿ النوع الثانى ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ يكون العارض لمنع بيعه ﴿ حالا ﴾ أى فى الحال لا فى المستقبل وذلك ﴿ كالطير ﴾ المملوك من الحمام والنحل ونحوهما يكون حين بيعه ﴿ فى الهواء ﴾ فإنه لايصح بيعها فى الهواء حتى تقع على الأرض ويمكن أخذها من غير تصيد ، وكالحوت المملوكة إذا كانت فى الأنهار حيث لايمكن أخذها إلا بتصيد، أما إذا أرسلت فى ماء لاتفوت فيـه وأمكن أخـذها ولو بتصيد صح بيعها ويكون للمشترى خيار تعذر التسليم والرؤية لأن الرؤية فى الماء غير صحيحة .

﴿ ولا ﴾ يصح البيع ﴿ فى حق ﴾ من الحقوق كحق الشفعة وحق مرور الماء ووضع الجذور ونحو ذلك مما لايتملك فيه عيناً وإنما هو استحقاق أمر يتعلق بالعين . وأما هبة الحق فتصح وهى على ثلاثة أضرب : تمليك : كهبة الدين ممن هو عليه ، وإسـقاط : كهبة الشـفعة والخيارات فى البيع ، وإباحة : كهبة المتحجرات ، ومما لا يصح بيعه أيضاً قوله ﴿ أو حمل أو لبن لم ينفصلا ﴾ من البطن والضرع ولو كان اللبن فى الضرع أكثر من المبيع فانه لايصح البيع وكذلك المسك والبيض قبل الانفصال.

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان « ولا يصح بيع الحمل ولاهبته ولا التصدق به ولا جعله مهراً ، ويصح النذر به والإقرار والوصية وجعله عوض خلع لأن هذه الأشياء تقبل الجهالة » . ومما لايصح بيعه قوله ﴿ أو ثمر ﴾ بيع ﴿ قبل نفعه ﴾ أى قبل أن يصير إلى حال ينتفع به فلا يصح بيعه ولو من الشريك ولو شرط البقاء حتى ينفع ﴿ أو بعده ﴾ أى بعد أن بلغ حداً ينتفع به فلا يصح بيعه ﴿ قبل صلاحه ﴾ للأكل المعتاد . وصلاحه أن يأخذ الثمر فى ألوانه فصلاح العنب للأكل لا للزبيب أن يحمر ويبيض ويسود الأسود وصلاح الثمر أن يحمر ويصفر كما مر فى الزكاة ، وصلاح الفواكه أن تحلو ويطيب أكلها وصلاح الحبوب أن تشتد وتتصلب . والجامع لهذا

كله أن يمكن الانتفاع بها فى الأكل ﴿ قيل ﴾ والقائل ابن أبى الفوارس ﴿ إلا ﴾ أن يشتريه ﴿ بشرط القطع ﴾ صح بيعه ، والصحيح للمذهب أنه لايصح . أما الزرع فيصح بيعه عند تكامل نباته لأنه إن شرط قطعه فهو من موجبه وإن شرط بقاؤه فالأرض تؤجر بخلاف الثمر فلا تؤجر الشجر لبقائه ، وقطع الثمر قبل صلاحه منهى عنه .

﴿ ولا ﴾ يصح بيع الثمر ﴿ بعدها ﴾ أى بعد نفعه وصلاحه ﴿ بشرط البقاء ﴾ على الشجر فإن لم يشرط ذلك صح البيع ﴿ وحاصل ذلك ﴾ إن شرط البقاء لم يصح، وإن شرط القطع صح ، وإن سكت صح . ويؤخذ بالقطع ولو جرى عرف بالبقاء إلى مدة معلومة أو مجهولة لأن العقد إذا احتمل وجهى صحة وفساد حمل على مايصح وهو القطع ، وكذا لو شرط القطع ثم تراضيا على البقاء إلى مدة صح ولو كانا مضمرين إذ الضمير لايصادم الشرط .. وأما بيع القضب فإن شرط القطع أو جرى به عرف أو شرط البقاء إلى مدة معلومة أو جرى به عرف صح ، ولا يكون مثل استئجار الشجر للثمر لأن هذا من استئجار الأرض للشجر يصح ، وإن شرط البقاء إلى مدة مجهولة أو سكت وكان العرف جاريا بها فسد البيع لجهالة مدة البقاء .

﴿ ولا ﴾ يصح البيع ﴿ فيما يخرج شيئاً فشيئا ﴾ كالبقول والورد والليمون والخضراوات والحبحب ونحو ذلك حتى تظهر كلها وتستكمل الظهور أو يبيع الموجود بعد صلاحه فإن باعها قبل وجودها ، فالبيع فاسد لأنه بيع معدوم ، وإن باع الموجود والمعدوم فسد أيضا إلا إذا تميز ثمن الموجود صح فى الموجود ، وكان من بيع الثمر بعد صلاحه وفيه ماتقدم من التفصيل .

﴿ فرع ﴾ ولا يصح بيع الأشجار للحطب وغيره ولا بيع الحشيش قبل قطعها ولو بلغا أوان القطع والانتفاع وثبتا فى ملك البائع ، إلاأن يكون موضع القطع معلوما لشرط أو عرف فيصح البيع كما سيأتى فى المسئلة آخر فصل ٢٠٣ .

﴿ ويصح استثناء هذه ﴾ الأشياء التي يصح بيعها وهى الثمر قبل وجوده ، وما يخرج شيئا فشيئا ، والحمل واللبن اللذان لم يفصلا فهذه الأشياء الأربعة وإن لم يصح بيعها فإنه يصح استثناؤها ﴿ مدة معلومة ﴾ لا مجهولة فيفسد البيع . وإذا استثنى ولد البهيمة فإنه يجب على المشترى أن يمكن الأم من إرضاع ولدها رضعة أو أكثر على الوجه الذى لا يعيش إلا به ، فلو لم يمكنه من الرضاع وتلف فلا يضمن سواء كان مما يؤكل لحمه أم مما لا يؤكل ، وإذا مكنه من الرضاع فلا يلزم البائع مثل اللبن الذى رضعه ولا قيمته لأن ما رضعه هو كالمستثنى ولو لم يذكر سواء كان من لبن الحيوانات المأكولة أم من غيرها .

﴿ فرع ﴾ فلو استثنى البائع ما يحدث من الأولاد فى مدة أو بطون معلومة فإنه يصح ويكون الإنزاء فى الوقت المعتاد فإن اختلف المعتاد ولا غالب فسد البيع .

﴿ و ﴾ يصح استثناء ﴿ الحق ﴾ الثابت فى الأرض من مسيل أو مرور ماء أو استطراق أو وضع جذوع على جدار أو نحو ذلك ﴿ مطلقا ﴾ سواء استثناه مدة معلومة أم مجهولة أو يطلق ويبقى الحق مستمراً إلا حق الشفعة فلا يصح استثناؤه بل يلغو الاستثناء ويصح البيع . وأما إذا استثنى سكنى الدار أو خدمة العبد أو منفعة الثور فلا بد أن يذكر مدة معلومة إذ هى منفعة يصح العوض عليها فهى كاستثناء زراعة الأرض وتكون نفقة العبد والثور على المستثنى .

﴿ ونفقة مستثنى اللبن على مشتريه ﴾ فإذا باع البقرة واستثنى لبنها مدة معلومة فنفقتها لازمة على المشترى وبنفقتها المعتاد وما تحتاج إليه حال الحلب على المستثنى وإذا باعها المشترى فلا يبطل حق البائع والمشترى أن يبيعها ولو إلى بلد بعيد ويكون عيباً فى حق المشترى الثانى وله أن يفسخ به . أما لو باع الأرض واستثنى الأشجار بحقوقها أو استثنى زراعتها مدة معلومة كان سقى الأشجار وإصلاحها على مالكها إلا لعرف وإصلاح الأرض على المشترى ، وإن استثنى الثمر فإصلاح الشجر على المشترى والثمر على

البائع . قال الإمام عليه السلام : ﴿ ويمنع ﴾ المشترى ﴿ من إتلافه ﴾ فلا يجوز له أن يتلف المبيع المستثنى لبنه حتى يستوفى صاحب اللبن مدته ﴿ ولا ضمان ﴾ على المشترى ﴿ إن فعل ﴾ ما يتلفه ولـكنه يأثم بفعله ولا ضمان عليه ﴿إلا﴾ أنه يجب الضمان ﴿فى﴾ شجر أتلفه بعد بيعه وهو ﴿ مستثنى الثمر ﴾ فيجب للبائع قيمة الثمر والضمان على متلفه وهو مابين قيمتى الشجر مستثنى الثمر وغير مستثنى ، وكذا المنزل المستثنى سكناه مدة معلومة إذا أتلفه لزمت أجرة المثل لتلك المدة فلو خرب المنزل ثم أعيد عاد حق البائع المستثنى وهو السكنى ، وليس له أن يؤجر ولا يعير بخلاف استثناء المنافع فله التأجير والإعارة .

﴿ ولا ﴾ يصح البيع ﴿ فى جزء غير مشاع من حى ﴾ فلا يصح بيع جلد الشاة وهى فى الحياة ولا صوفها ولا لحم بطنها مثلا ولا ما أشبه ذلك ، فإن فعل فسد البيع . وأما المذكاة فيصح بيع ذلك منها وحكم الاستثناء لجزء منها حكم البيع ، وكذا سائر التصرفات .

﴿ وحاصل ذلك ﴾ أن المبيع على أقسام : قسم يجوز بيعه واستثناؤه وهو الجزء المشاع المعلوم من الحيوان ، وقسم لايجوز بيعه ولا استثناؤه وذلك نحو الجلد والصوف والعضو المعلوم من الحيوان مع كونه حياً ، وقسم يصح استثناؤه لا بيعه كالولد واللبن ، وقسم يصح بيعه لا استثناؤه وذلك نحو الأرطال المعلومة من المذكى أو من عضو معيّن .

﴿ ولا ﴾ يصح البيع ﴿ فى مشترى ﴾ ولا فى صدقة أو موهوب ﴿ قبل قبضه ﴾ فأما ماعدا ذلك كالوصية والنذر والمهر ونحو ذلك مما عوضه غير مال كالخلع والصلح عن دم العمد فيجوز التصرف فيـه قبل قبضه لأن ذلك الإنشاء لايبطل العقد بتلفه بخلاف مايبطل العقد بتلفه فلا يصح التصرف فيه قبل قبضه ، وأما فوائد المشترى فيصح فيها التصرف قبل قبضها .

وقول الإمام عليه السلام ﴿ أو بعده ﴾ أى لايصح البيع فى مشترى بعد قبضه إذا وقع العقد ﴿ قبل الرؤية[١] فى ﴾ المشترى ﴿ المشترك ﴾ بين جماعة فإنه لا يصح لأحد المشترين أن يبيع حصته قبل رؤيتهم جميعا لا من الشركاء ولا من غيرهم ولا من البائع منهم ﴿ إلا ﴾ أن يبيعوه ﴿ جميعا ﴾ فيصح ولو قبل رؤيتهم له ، وإنما لم يصح للبعض قبل رؤية الشركاء لأنه يؤدى إلى تفريق الصفقة على البائع أو إبطال خيار الرؤية على بقية الشركاء إذ الحكم فيه لمن رد من الشركاء .

﴿ و ﴾ لا يصح البيع من ﴿ مستحق ﴾ قبض حق لله واجب كـ ﴿ الخمس والزكاة ﴾ فلا يصح من الإمام ولا من الفقير أن يبيعا ما لم يقبضاه قبض مثله ولو كان البيع ﴿ بعد التخلية ﴾ إليهما كتخلية الأثمار على رؤوس الأشجار فإنه لايصح إلا أن يكونا قد قبلا بعد التخلية أو تقدم تمليك للفقير فيصح البيع بعد التخلية وإلا لم يصح ﴿إلا المصدق﴾ إذا كان بأجرة فإن تخلية الزكاة إليه كافية فى كمال القبض فيصح منه بيعها بعد التخلية . ﴿ومتى انضم إلى جائز البيع﴾ المراد متى انضم إلى صحيح البيع ﴿ غيره ﴾ مما لا يصح وهو فاسد البيع أو باطله ﴿ فسد ﴾ العقد فى الجميع إلا إذا كان ذلك المنضم مما يدخل تبعا للمبيع كالحقوق فلا يفسد وإن كان من غيره فسد نحو أن يبيع الشجر مع الثمر قبل صلاحه أو يبيع الأرض مع الكامن من البذر أو مع أصل كالجزر فإنه يفسد ، وكذا لو قال اشتريت منى هذه العرصة وفيها قبر غير ظاهر أو طريق أو وقف ، ونحو أن يشترى مسلوختين إحداهما ميتة أو نحو ذلك فإن البيع يفسد ﴿ إن لم يتميز ثمنه ﴾ أى ثمن مايصح من غيره. أما لو تميز صح : ففى باطله نحو أن يقول بعت منك هذين العبدين كل واحد منهما بألف وكان أحدهما حراً فإنه يصح البيع فى العبد دون الحر فيبطل . وفى فاسده أن يقول بعت منك هذا الزهر أو الثمر الموجود

(١) كأن يكون القبض ليلا فلا يرى، أورئى رؤية غير مميزة عند قبضه اه .

الصالح بمائة وما سيخرج أو يصلح بمائة فإنه يصح البيع فى الموجود الصالح دون المعدوم والموجود غير الصالح فيفسد .

﴿ فرع ﴾ أما لو باع العرصة وفيها قبر ولم يذكره فإن كان ظاهراً صح البيع لأن ظهوره كاستثنائه وإن كان مستوراً فسد. وأما إذا التبس القبر كانت العرصة لبيت المال للقبر فيها لا للزرع ، فإن كان قبر حربى فلا حرمة له فيصح البيع وإن التبس هل لحربى أم لذمى فسد البيع إن كانت الخطة للمسلمين، وإن كانت للمشركين صح البيع .

﴿٢٠١﴾ ﴿ فصل ﴾

فى البيع والشراء الموقوفين وأحكامهما ﴿ وعقد غير ذى الولاية ﴾ وهو من ليس بمالك للمبيع ولا وكيل للمالك ولا ولى له ولا وكيل للمشترى ولا ولى له . وغير ذى الولاية يسمى فضوليًا فى الاصطلاح. وعقده ﴿ بيعًا وشراء ﴾ صحيح لكنه ﴿موقوف ينعقد ﴾ الأولى ينفذ لأنه ينعقد ولكن لا ينفذ ملك المبيع للمشترى ولا ملك الثمن لصاحب المبيع إلا إذا أجازه المالك أو ذو الولاية اجازة مستوفية شروط الصحة وكان العقد صحيحا ﴿قيل﴾ والقائل الفقيه حسن قال ﴿ولو﴾ كان عقد الفضولى ﴿ فاسداً ﴾ ولحقته الاجازة فإنه ينفذ كما لو عقد المالك ، والصحيح للمذهب أن العقد الموقوف لا ينفذ بالإجازة إلا إذا كان صحيحا، وأما إذا كان فاسداً ولحقته الإجازة كان معاطاة وإن لم تلحقه الإجازة كان باطلا .

قال الإمام عليه السلام ولو لفظ ﴿ أو قصد[1] البائع ﴾ الفضولى فى بيع مال الغير أن البيع ﴿ عن نفسه ﴾ لا عن الغير فإنه ينفذ البيع إذا أجازه المالك وكان الثمن للمالك ولو كان عرضا ، وهذا بخلاف المشترى الفضولى فإنه لابد له من الإضافة إلى الغير لفظا أو نيّة وصادقه البائع وحينئذ ان أجاز المشترى الشراء نفذ العقد وإن لم يجز

(١) يعود إلى أول الكلام إلى قول الفقيه حسن المحكى بصيغة التضعيف اهـ .

رد المبيع لبائعه إلا إذا أضاف بالنية ولم يصادقه البائع فيلزمه المبيع ولا يرد للبائع .

﴿ مسئلة ﴾ من باع مال نفسه ظاناً أنه لغيره نفذ بيعه ولو غبن غبنًا فاحشا كما ينفذ فى النكاح والطلاق والعتق .

﴿ واعلم ﴾ أن العقد الموقوف لاينفذ إلا بشروط ستة : ﴿ الأول ﴾ أن يكون العقد صحيحًا فى مذهب المجيز فإن لم يكن صحيحًا كان باطلاً مع عدم الإجازة ومع الإجازة معاطاة ﴿ الشرط الثانى ﴾ الإضافة من الفضولى إلى من له الشراء لفظا أو نيّة ﴿ الشرط الثالث ﴾ أن تقع الإجازة ﴿ مع بقاء المتعاقدين ﴾ فلو مات أحد المتعاقدين بطل العقد ولا بد أيضاً من بقاء المعقود عنه والمعقود له ، فإن مات من إليه الإجازة أو ارتد ولحق بدار الحرب بطل العقد ، فإن لم يلحق بقى العقد موقوفاً ، وكذا لو زال عقله بقى موقوفاً ومتى عقل صحت منه الاجازة . ﴿و﴾ ﴿الشرط الرابع﴾ بقاء ﴿ المعقد ﴾ فلو بطل المعقد قبل الإجازة بفسخ من الفضولى سواء كان الفسخ فى وجه الآخر أم لا فلا تلحقه الاجازة ، أو وقع ما يجرى مجرى الفسخ وذلك نحو أن يعقد عليه المالك أو الفضولى عقداً آخر فلا تلحقه الاجازة، لا لو قال المالك لاأرضاه أو لا رغبة لى فيه أو لا أجيز فهذا امتناع لا فسخ، فلو أجاز بعد ذلك صح إلا أن يجرى عرف أن الامتناع فسخ بطل العقد وأما بقاء المبيع فليس بشرط . ﴿ الشرط الخامس ﴾ أن يقع نفوذه ﴿ إجازة من هى له ﴾ أى مدة الولاية فى الاجازة له بأن يكون مالكا أو ذا ولاية سواء كانت الولاية من جهتى الوصاية أم الصلاحية المستمرة أم بالاصالة أم بالنيابة كالوكيل فمن كانت له الولاية ﴿ حال العقد ﴾ نفذ العقد باجازته ، أما لو كانت له حال الإجازة دون حال العقد ، مثال ذلك لو باع فضولى فى مال رجل فانتقل إلى ملك رجل آخر بالإرث لا بغيره[1] فأجاز هذا الآخر عقد الفضولى لم تصح إجازته وما أشبه ذلك ممن تحدث له الولاية بعد البيع كالإمام

(٢) لأنه يكون فسخا اهـ .

والحاكم فلا تصح الإجازة من أيهما . فلو كانت الولاية على جهة التولية ثم على جهة الملك . مثال ذلك أن يبيع فضولى مال الصبي ثم يموت الصبي ولا وارث له إلا أباه ثم أجاز الأب بعد أن ملك المال صح ذلك .

﴿ مسئلة ﴾ والإجازة تكون على التراخى فلا تبطل إلا برد المبيع وتلحقها الزيادة في الثمن والمبيع ويصح التوكيل بها وتصح مشروطة بالمستقبل. وقوله : ﴿غالباً﴾ احتراز من صورة تكون الولاية فيها للمجيز حال الإجازة لا حال العقد . مثال ذلك لو باع الفضولى مال الصبي، فالولاية إلى وليه حال العقد ثم لم تقع الإجازة حتى بلغ الصبي فإن الإجازة حينئذ إلى الصبي. فإذا أجاز صح العقد وكذلك المجنون لو عقل. فلو مات الولى ثم بلغ الصبي لم تصح منه الإجازة لأن العقد قد بطل بموت من كان العقد موقوفا على إجازته .

والعقد الموقوف ينفذ بالإجازة له ﴿ أو إجازتها ﴾ أى إجازة الإجازة، فإن إجازة الإجازة كإجازة العقد ، نحو أن يقول فضولى للبائع الفضولى أجزت عقدك ثم يقول من له الولاية أجزت إجازتك فلو مات المجيز الفضولى قبل إجازة مَنْ له الولاية فإن ذلك لا يضر لأن الإجازة انطوت على العقد وإن كانت إجازة للإجازة كما هو ظاهر الأزهار .

﴿ الشرط السادس ﴾ أن تكون الإجازة أو إجازتها ﴿ بلفظ ﴾ يفيد التقرير عرفا فلا يفهم منه الاستنكار أو الاستهزاء : فالتقرير كأن يقول أجزت أو رضيت أو قبلت أو ملكت أو نعم ما فعلت أو هات الثمن أو نحو ذلك ، وكذلك لو قال أحسنت أو أصبت أو جزيت خيراً فإن كان للتقرير صح وإن كان للاستنكار لم يصح. أما لو قال مدّ الشملة ، أو افتح الغرارة مستهزئا فلا يصح وغير مستهزئ يصح . ﴿ أو ﴾ تكون الإجازة واقعة بمزاولة ﴿ فعل يفيد التقرير ﴾ عرفا نحو أن يسلم المبيع الذى بيع عنه أو بعضه أو يقبض الثمن أو بعضه أو يقبض المشترى له أو بعضه ، وكذا

لو تصرف فيه بعتق أو وقف أو أي تصرف كان ـ بعد علمه بالعقد والثمن والمبيع وكذلك لو لم يصح تصرفه نحو أن يبيع المبيع قبل قبضه من البائع إليه كان ذلك إجازة . فلو فعل فعلا يفيد التقرير مع علمه بأنه المبيع أو أنه الثمن وإن لم يعلم كونه إجازة فإنه يكون إجازة ﴿ وإن جهل حكمه ﴾ فلا تأثير للجهل، وكذا لو أتى بلفظ يفيد الإجازة وهو جاهل لكونه إجازة صحت ولا تأثير لجهله حكم اللفظ إذا كان عارفا لمعناه. أما لو كان جاهلا لمعنى اللفظ كالأعجمي فلا يصح. وأما جهله حكم اللفظ فلا يضر إذا كان عالما بالعقد والثمن والمبيع كما تقدم ، وأما لو صدر منه ذلك وهو جاهل أن المبيع ملكه أو علم بالعقد وجهل صحته فإن ذلك لا يضر وتصح الإجازة .

﴿ فرع ﴾ ولا حكم للاجازة من الساهي وممن سبقه لسانه ومن الحاكي عن غيره ومن المكره كما مر في الإكراه .

قال الإمام عليه السلام: ﴿ لا ﴾ لو صدر منه ذلك وجهل ﴿ تقدم العقد ﴾ فإنه لا يصح ، فإذا لم يعلم بعقد الفضولي وفعل فعلا أو قال قولا يفيد الإجازة فإن ذلك لا يكون إجازة ويقبل قوله في أنه لا يعلم إذ لا يعرف إلا من جهته .

﴿ و ﴾ إذا باع الفضولي أو اشترى بغبن فأجاز المجيز فإن البائع ﴿ يخير ﴾ بعد الإجازة ﴿ لغبن فاحش جهله قبلها ﴾ أي قبل الإجازة لا بعدها وله الخيار أيضاً لفوات غرض مقصود فلو كان غرضه الطعام وباع الفضولي بنقد فله الخيار، وكذا لو كان الثمن نسيئة وعادتهم لا يؤجلون، وكذا لو كان الثمن من غير النقد المعتاد فله الخيار إلا أن يجري به التعامل فلا خيار ويكون له الخيار فيما ذكر إن لم يعلم ذلك قبل الإجازة وفيما عدا ذلك لا خيار له ولو جهل المبيع أو قدره وكذا لو جهل الثمن أو قدره مهما لم يكن عليه غبن فاحش ، فلو زاد المال بعد العقد ثم أجازه صاحبه بعد أن زاد ﴿قيل﴾ يدخل المبيع في العقد ﴿ ولا تدخل الفوائد ﴾ بل تكون للبائع ﴿ ولو ﴾ كانت ﴿ متصلة ﴾ حال الإجازة كالصوف واللبن أو منفصلة كالولد والثمر بعد انفصالها .

ومنهم من اعتبر علم البائع وعدمه . والصحيح للمذهب أن تلك الفوائد تدخل فى العقد مطلقا سواء كانت متصلة عند الإجازة أم منفصلة علم البائع بها أم جهـل لأن المبيع يملك بالإجازة منعطفا من يوم العقد فالإجازة تقرر العقد من يوم وقوعه .

﴿ فرع ﴾ فلو باع فضولى دار زيد ثم مضت مدة طويلة ثم علم البائع وأجاز لزمته الأجرة للمشترى من يوم البيع ولو استغرق الثمن لـكن إذا حقّرت له المـدة وأجاز فلا يبعد أن يكون له خيار الغرر لأنه ما أجاز الآ بناء على أن المدة حقيرة .

﴿مسئلة﴾ وإذا أحدث المالك فى المبيع شيئا بعد العقد ثم أجاز نحو أن يبنى جداراً أو يغرس شجرا أو نحو ذلك فلا يدخل فى المبيع إلا ما شمله العقد مما يدخل تبعاً للمبيع إلا ما أحدثه من بعد العقد .

﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ لا يتعلق حق ﴾ من حقوق العقد ﴿بفضولى﴾ أو وكيل وأضاف من قبض المبيع وتسليم الثمن والرد بالخيارات بل ذلك إلى المـالك ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من صورتين .

﴿ الأولى ﴾ حيث أجاز المالك وقد علم بقبض الفضولى للثمن أو المبيع فتكون إجازة للبيع وقبض الثمن وحينئذ يتعلق به حق المطالبة مجيز المبيع بالثمن ولا يطالب المشترى لأنه قد برئت ذمته فلو تلف بجناية ضمن الفضولى للبائع ومن غير جناية ولا تفريط يكون تلفه من مال البائع، فلو أجاز البائع غير عالم بقبض الثمن وتلف فى يد الفضولى بلا جناية ولا تفريط تلف من مال المشترى، وكذلك لو قبض المبيع ، وإذا تعلق به حق المبيع أو الثمن فلا يتعلق به حق آخر .

﴿الصورة الثانية﴾ إذا جعل الفضولى الخيار له فأجاز المالك عالما فإنه يكون الخيار للفضولى . ﴿ و ﴾ إذا باع الفضولى من واحد ثم من آخر فأجاز المالك فعله وجب أن ﴿ تلحق ﴾ الإجازة ﴿ آخر العقدين ﴾ لأن العقد الأول قد أبطـل بالثانى إذ الثانى فسخ للأول ولو كان فى محضر المشترى وصح الثـانى بإجازة المالك فلو أجاز المـالك

العقد الأول لم يصح فلو التبس المتأخر فأيهما بيّن أنه المتأخر حكم له وإلا فلمن قبضه بإذن البائع وإلا فلمن أقر له البائع وإلا قسم بينهما بعد التحالف والنكول ولهما الخيار .

﴿ فرع ﴾ فلو باع فضوليان صح عقد من أجيز عقده فلو أجيزا معاً وكانت الإجازة مرتبة صح عقد من تقدمت إجازته وإن كانت الإجازة بلفظ واحد بطل العقدان ﴿ وينفذ ﴾ البيع ﴿ فى نصيب العاقد ﴾ إذا كان ﴿ شريكا ﴾ باع نصيبه ونصيب غيره ويبقى نصيب غيره موقوفاً على إجازته فإن أجاز نفذ وإلا صح فى نصيب العاقد فقط إذا كان المبيع مما قسمته إفراز ، وكذا لو كان مشاعا فيصير المشترى شريكا ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من بعض الصور فإنه لاينفذ البيع فى نصيب العاقد ولا فى نصيب غيره إلا بالإجازة من الشركاء وذلك حيث يحصل بنفوذه ضرر على الشركاء . مثال ذلك لو كان أربعة شركاء فى أرض أرباعاً فباع أحدهم ربع ذلك المشترك وعينه فى جانب معين من الأرض فإن العقد لا ينفذ فى نصيبه لأن ذلك يؤدى إلى أن يستحق المشترى ربع الربع ويلزم لو فعل البائع كذلك فى ربع ثان وثالث ورابع فيصح ربعه فى مواضع وذلك يضر بالشركاء فلا يصح ، وهذا إذا باع كل ربع إلى شخص أما لو باع الربع المعين بصفقة واحدة فإن أجاز الشركاء جميعاً نفذ البيع فى ذلك الربع كله ويشتركون فى ثمن الربع وتبقى الثلاثة الأرباع مشتركة بينهم اللهم إلا أن يقصد البائع القسمة[1] وأجازوا صح البيع وكان الثمن له وحده وباقى المال لهم فإن لم يصادقوه فى قصد القسمة بعد أن أجازوا فالقول قولهم فلو أجاز الشركاء البيع وصادقوا البائع بأنه قصد القسمة ولكن قالوا لانجيزها نفذ البيع على الجميع لا القسمة..

﴿ فرع ﴾ وهكذا فى الأرض والدور المشتركة بين جماعة إذا كانت المصلحة

(١) ولو وقعت القسمة بعد موت الشريك إذ العاقد هنا هو المالك لا الفضولى فلايشترط بقاؤه اه

فى قسمة بعضها فى بعض ثم وقف أوباع أحدهم نصيبه فى أحدها فإنه لا يصح إلا أن يرضوا به كلهم ويكون الأمر كما تقـدم فلو شفع سائر الشركاء جاهلين أن الشفعة اجازة صحت القسمة وصحت الشفعة .

﴿٢٠٢﴾ ﴿فصل﴾

﴿ فى كيفية تسليم المبيع ومكانه ووقته وأحكام تتعلق بذلك ﴾

﴿ واعلم ﴾ أن التسليم فى المبيع هو أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشترى على وجه يتمكن المشترى من قبضه من غير حائل ولا مانع . فإن كان « المبيع منقولا » فتسليمه إلى المشترى يكون بمناولته كله من يد البائع أو وكيله إلى يد المشترى أو وكيله ، كما يكون بالتخلية مع الإذن بالقبض ونقل جميعه لا بعضه فلا يكفى . وإن كان « المبيع عقاراً » وهو ماله أصل وقرار كدار وحانوت وأرض ونحوها فتسليمها إلى المشترى يكون بالتخلية من البائع على وجه يتمكن المشترى من قبضها بأن تـكون قريبة منـه ومعنى القبض التصرف فى المبيع ولو فى بعضه كأن يدخل بعض المنازل من الدار دون بعض أو يحرث بعض الأرض دون بعض ولو كانت الأراضى غير متصلة فإن التصرف فى بعضها قبض ، وكذا لو طاف الأرض المبيعـة كان قبضاً ، وقد أوضح الإمام عليه السلام حكم القبض بالتخلية فى المنقول وغيره بقوله ﴿والتخلية﴾ الصحيحة بين المشترى والمبيع وهى التى جمعت الشروط الآتية إذا وقعت ﴿للتسليم﴾ مع علم المشترى أنه المبيع فهى ﴿ قبض ﴾ أما لو وقعت التخلية لا لقصد التسليم أو جهل المشترى أنه المبيع أو اختلفا فى كونها للتسليم أم لغيره فلا تـكون قبضاً ومع قصد التسليم تـكون قبضاً إلا إذا كان المبيع مما يفتقر إلى كيل أو وزن فلا تـكفى التخلية فى قبضه بل لابد من الـكيل أو الوزن ، وهـذا فى غير المشاع أما فى المشاع

كعشرة أصوُع من هـذه الصبرة فتكفى التخلية إلا فى الصرف والسلم فلا بد فيهما من القبض الحقيقى .

﴿ واعلم ﴾ أن للتخلية شروطا لاتـكون صحيحة إلا بها وهذه الشروط منهـا مايعتبر فى العقد ومنها مايعتبر فى المبيع .أما مايعتبر فى العقد ﴿ فشرطان ﴾ «الأول» أن تـكون ﴿ فى عقد صحيح ﴾ فى مذهب المشترى أو الوكيل غير المضيف فلو كان العقد فاسداً لم تـكن التخلية قبضًا بل لابد من نقل ماينقل والتصرف فى غيره كما تقدم ذكره آنفاً . « والثانى » أن يكون العقـد ﴿ غير موقوف ﴾ فلو كان موقوفا ووقعت التخلية لم تـكن قبضًا إلا إذا وقعت بعد إجازة العقد كان قبضًا فلو قبض المبيع بالتخلية قبـل الإجازة ثم وقعت الإجازة فلا تـكون تلك التخلية قبضاً ولا بد من القبض الحقيقى ، هـذا هو الصحيح من المذهب لأنه فى يده قبل الإجازة كالقبض وبالإجازة أمانة .

﴿ و ﴾ أما الشروط التى لا تعتبر فى المبيع فهى ﴿ ستة ﴾ : ﴿ الأول ﴾ أن تـكون التخلية واقعة ﴿ فى مبيع غير معيب ﴾ فلو كان معيبًا لم تـكن التخلية قبضا سواء علم المشترى بالعيب قبل التخلية أم بعـدها إلا أن يرضى به معيبًا ويعلم بالعيب قبل العقد كفت التخلية فى قبضه لأنه قد بطل خياره بالعلم قبل العقـد أو بالرضى . ﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثانى ﴾ أن ﴿ لا ﴾ تـكون التخلية فى مبيع ﴿ ناقص ﴾ فهى لا تصح إلا فى مبيع كامل قدراً وصفةً وإلا لم تـكن قبضا إلا إذا رضى المشترى بالنقص . ﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثالث ﴾ أن ﴿ لا ﴾ يكون المبيع ﴿أمانة﴾ فى يد المشترى فإن كان أمانة فى يده لم تـكن تخليته قبضا بل لابد من تجديد قبض بعد العقد بنقل أو تصرف فلو تلف قبـل تجديد القبض تلف من مال البائع ، وكذلك لا تـكون التخلية قبضا لو كان فى يد المشترى ضمانه أى ضمان عدوان كالمغصوب والمسروق فلابد من تجديد قبض كما تقدم . ﴿ الشرط الرابع ﴾ أن يكون المبيع ﴿ مقبوض الثمن ﴾

كله وإلا لم تكن التخلية قبضا وتسليم بعض الثمن ولا يبيح له قبض بعض المبيع ﴿ أو فى حكمه ﴾ أو يكون المبيع فى حكم مقبوض الثمن نحو أن يكون الثمن مؤجلا أو فى ذمة البائع من قبل أو قد سقط بالإبراء أو نحوه ، وكذا لو كان الثمن حاضراً وقال للمشترى اقبض فمتى كان المبيع مقبوض الثمن أو فى حكم مقبوض الثمن صح قبضه بالتخلية وإلا فلا . فلو كان المبيع حاضراً وقبضه المشترى وسكت البائع فلا يكون سكوته إذناً بالقبض إذا لم يكن قد قبض الثمن إذ المعتبر الإذن أو قبض الثمن .

﴿ الشرط الخامس ﴾ أن تكون التخلية ﴿ بلا مانع ﴾ للمشترى ﴿ من أخذه فى الحال ﴾ لا فى المستقبل فلا يضر المانع فيعتبر أن يكون المبيع حاضراً بالقرب منه بحيث يمكن قبضه سواء كان منقولاً أم غير منقول فلو كان بعيداً فلا يكفى فى صحة التخلية أن يمضى وقت يمكن فيه قبضه وأما إذا وجد مانع من قبضه فى الحال فلا تصح التخلية ومثال المانع أن يكون المبيع فى يد الغير وسواء كان فى يد الغير بحق كالإجارة التى لاتنفسخ أو بغير حق كالغصب ، ونحو أن يخشى عليه من ظالم فى الحال لو قبضه لا لو خشى فى المآل ، ونحو أن يكون الفرس نفوراً لو حاول أخذه ، وكذا ما أشبهه من الحيوانات .

﴿ الشرط السادس ﴾ قوله ﴿ أو نفعه ﴾ أى لابد أن تكون التخلية بلا مانع من الانتفاع به ، مثال المانع أن يكون المنزل مغلقاً فحينئذ لا تكون التخلية قبضاً له إلا مع تسليم مفاتيحه التى يمكن فتحه بها ، وكذا لو كان المبيع مشغولا بملك البائع أو بملك غيره فلا تكون التخلية قبضاً حتى يفرغه البائع إلا أن يشترى صحت أن تكون قبضاً ولكن له الرجوع قبل تفريغه كخيار بعد التسليم .

﴿ والحاصل ﴾ أن التخلية لاتكون صحيحة إلا إذا كملت شروطها كما تقدم فإذا اختل شرط منها نحو أن يكون العقد فاسداً أو موقوفاً قبل الإجازة ويكون المبيع فى يد المشترى أمانة فلا تكون التخلية قبضاً ولا بد من القبض الحقيقى. وإذا

كملت شروطها غير أن المبيع معيب أو غير مقبوض الثمن أو ناقص أو كان ثم مانع، من الانتفاع به ثم رضى المشترى بما اختل من هـذه الشروط كانت التخلية قبضاً فلو تلف المبيع تلف من ماله .

وإذا تنازع البيعان أيهما يسلم أولا فالصحيح ﴿ أنه يقدم تسليم الثمن إن حضر المبيع ﴾ بحيث يمكن قبضه عقيب تسليم الثمن فإن كان غائباً لم يلزم المشترى تقديم تسليم الثمن كما لايجب عليه التسليم إلا إلي موضع العقد وإذا كان الثمن مؤجلا فلا يلزمه التسليم إلا عنـد حلول الأجل بعد الطلب فلو كانا مبيعين معاً فيكون التسليم يداً بيد فلو باع من اثنين حبس المبيع حتى يستوفى منهما إلا إذا كان مما قسمته إفراز فيسلم حصة من قد سلم .

﴿ ويصح ﴾ من المشترى ﴿ التوكيل بالقبض ولو ﴾ وقع منه التوكيل ﴿ للبائع ﴾ بأن يقبض له من نفسه صح ﴿ و ﴾ لـكن إذا كان البائع هو الوكيل بالقبض فإنه ﴿ لا ﴾ يصح أن ﴿ يقبض بالتخلية ﴾ بل لابد من تجديد قبض ليتميز قبض المشترى من قبض البائع ، وقد تقدم أن اليد لاتـكون قبضا فيكون قبل القبض ضمينا وبعده أمينا .

﴿ فرع ﴾ فلو قال للبائع أمسك المبيع أو أدخله بيتك كان توكيلا بقبضه لا لو قال له اتركه أو احفظه فلا يكون توكيلاً لأنه لم يؤمر بالفعل .

﴿ مسئلة ﴾ إذا اشترى رجل حيوانا أو نحوه وتركه عنـد البائع وشرط له أجرة على حفظه والقيام به فإن نقله صح ذلك توكيلا وقبضا وكان كالأجير المشترك يضمن غير الغالب وإلا فلا يصح قبضا .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا قال المشترى للبائع ابعث به إلىّ مع فلان أو نحو ذلك ثم فعل وتلف المبيع مع فلان فهو من مال البائع إلا أن يجرى عرف بأنه يكون وكيلا للمشترى فمن ماله ، وإن قال ادفعه أو أرسله إلى فلان وعلم فلان بذلك وتسلم المبيع كان وكيلا

للمشترى وإذا لم يعلم كان وكيلا للبائع .

﴿ و ﴾ من باع شيئاً فان ﴿ المؤن ﴾ للمبيع والفوائد تكون ﴿قبل القبض عليه﴾ أى على البائع لا على المشترى وذلك ﴿ كالنفقة ﴾ للعبد والعلف للبهيمة وأجرة الحفظ ونحو ذلك . ﴿ و ﴾ كذا مؤن ﴿ الفصل ﴾ نحو أن يبيع خشبة من سقف أو حجراً من جدار أو فصًّا من خاتم أو نحو ذلك فان مؤن الفصل على البائع ، وكذا مؤن قطع الشجر ومساحة الأرض إذا باع أذرعا معلومة إلا أن يجرى عرف بخلافه . ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ الكيل ﴾ والوزن والذرع يكون على البائع لا على المشترى . ﴿لا﴾ لو باع الثمرة على الشجرة كالعنب والرطب ونحوهما فإنها لا تلزم البائع مؤن ﴿القطف﴾ بل تكون على المشترى ، وكذا حصد الزرع وقطع القضب ونحو ذلك مما جرى به العرف أنه على المشترى . ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ الصب ﴾ إذا كان البائع قد ملأ المكيال فإن صبه على المشترى ولو تمدد الكيل إذا حضر المبيع جميعه . وكذلك مؤن تسليم الثمن كوزنه ونقده وحمله وأجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات تكون على المشترى .

﴿ ولا يجب ﴾ على البائع ﴿ التسليم ﴾ للمبيع ﴿ إلى موضع العقد ﴾ وإنما الواجب أن يسلم المبيع حيث هو إلا أن يشرط عليه تسليمه إلى موضع العقد لزمه الوفاء به ويكون العقد قد انطوى على بيع وإجارة ، وكذا لو جرى العرف بذلك لزمه أيضاً أن يسلمه إلى موضع العقد . وقول الإمام عليه السلام ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من أن يجهل المشترى موضع المبيع عند العقد فإنه يجب على البائع تسليمه إلى موضع العقد فإن علم أنه فى موضع فانكشف أنه فى آخر لزم إحضاره أيضا إلى حيث علم المشترى فإن علم غيبة[1] المبيع وجهل فى أى موضع لم يلزم البائع إحضاره وحيث جهل موضع المبيع فله الخيار فى الفسخ ما لم يحضر وهذا ليس من الخيارات الآتية بل خيار مستقل .

(١) وحد الغيبة أن يكون لنقله مؤنة ولو فى البلد اهـ .

﴿ فرع ﴾ وأما الثمر فيجب تسليمه إلى موضع العقد ولعل الفرق بين الثمن والمبيع أن المبيع يتعيّن بخلاف الثمن فلا يتعين فوجب تسليمه إلى موضع العقد .

وقوله ﴿ أو منزل المشترى ﴾ يعنى ولا يجب أيضاً على البائع تسليم المبيع إلى منزل المشترى ﴿ إلا لعرف ﴾ جرى بذلك كما جرى فى الحطب والحشيش والأخشاب حيث كانت محمولة فإن العرف جار فى المصر بأن يوصله البائع إلى منزل المشترى لأن العرف الجارى فى المعاملات كالمشروط فى العقد وهذا إذا كان المنزل معروفاً فى المصر عند المشترى وإلا فسد البيع للجهالة فإن كان المنزل خارجاً عن المصر ثبت للبائع الخيار فى الفسخ .

﴿ فرع ﴾ ومهما جرى عرف بذلك أو شرط فقد صار بيّعًا وإجارة إن كان لمثله أجرة فلو امتنع من الإيصال ولم يتمكن من إجباره أو تعذر بوجه من الوجوه كان للمشترى الفسخ إن أحب أو يسقط من الثمن أجرة المثل لإيصاله بعد تقسيط الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل مثاله : لو كان الثمن اثنى عشر والقيمة ستة دراهم وكانت أجرة المثل درهمين فإن أضفت الدرهمين إلى الستة صارت ثمانية وبعد ذلك تسقط بقدر الدرهمين من الثمانيـــة الربع منسوباً من الثمن فتسقط من الاثنى عشر ثلاثة إذ هى ربع الثمن وعلى هذا فقس فإن استويا أى كانت أجرة المثل لإيصاله مثل القيمة سقط من الثمن نصفه مقابل إيصال المبيع لأن أجرة المثل إذا كانت ثمانية والقيمة ثمانية صارا ستة عشر فنسبة الأجرة من ذلك النصف ونصف الثمن هو ستة وسيأتى مثل هذه النسبة فى الإجارة لعيب المؤجر .

﴿ ولا ﴾ يجوز أن ﴿ يسلم الشريك ﴾ نصيبه إذا باعه من غير شريكه أو من شريك ثالث لهما وسواء كان غير منقول أم منقولاً مما ليست قسمته إفرازاً[1] ﴿ إلا بحضور شريكه ﴾ فى مجلس التسليم حيث لا يخاف عليه من ظالم وإلا فلا بد من حضوره

(١) فإن كان مما قسمته إفراز أفرز وعليه أن يصير حصة الشريك إلى شريكه اه .

﴿ أو إذنه ﴾ إذا كان غائباً وإلا فليس له التسليم ولو كان المبيع فى نوبته ومتى حضر جاز للبائع التسليم ولو كره الشريك وحيث أذن فليس له الرجوع . ﴿ أو ﴾ أذن ﴿ الحاكم ﴾ لأنه يقوم مقامه إذا كان متمرداً عن الحضور والإذن أو كان غائبا مسافة بريد .

﴿ مسئلة ﴾ فلو كان المشترى حاكما أو ولى يتيم واليتيم الشريك كان كما إذا سلمه بإذن الشريك . ﴿ وأ ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن التسليم فى محضر الشريك ولا أذن به ولا أذن الحاكم ﴿ضمن﴾ نصيب شريكه ﴿إن أذن﴾ البائع للمشترى أن يقبضه ﴿والقرار﴾ فى الضمان ﴿ على الآخر ﴾ وهو المشترى أو وكيله ﴿ إن جنى ﴾ على المبيع ﴿ أو علم ﴾ الاشتراك ومعنى ذلك أن البائع إذا غرم لشريكه رجع على المشترى بما غرم إن جنى المشترى أو علم الاشتراك . ولو تلف بآية سماوية فأما لو لم يجن ولا علم وتلف نصيب الشريك بآفة سماوية كان القرار على البائع وهذا إذا قبضه المشترى بإذن البائع وإلا ضمن المشترى مطلقا سواء جنى أم لا علم الاشتراك أم لا ولو كان البائع قد قبض الثمن ، هذا هو الصحيح ولا فرق بينه وبين المنقول وغيره أما لو تلف بجناية من غيرهما فعلى ماتقدم من التفصيل والقرار على الجانى .

﴿ مسئلة ﴾ ويصح بيع الشريك فى الحيوان من غير شريكه ولو إلى بلد بعيد بحيث لايمكن صاحبه استيفاء حقه .

﴿ ولا ينفذ فى المبيع ﴾ ونحوه ﴿ قبل القبض ﴾ شىء من التصرفات والمراد لا يصح شىء من التصرفات من إجارة أو بيع أو هبة ولو إلى رحمه أو نذراً أو وصية أو إنكاح أمة أو رهن حتى يقبضه المشترى أو وكيله وإلا كان فاسداً هذا فى المبيع ، وأما فوائده فيصح التصرف فيها قبل القبض وأما المبيع فلا يصح ﴿ إلا ﴾ ما كان استهلاكاً مثل ﴿ الوقف والعتق ﴾ إذا كانا بعقد صحيح فإن ذلك يصح قبل القبض للمبيع ﴿ ولو ﴾ كان العتق ﴿ بمال ﴾ كالكتابة ونحو أن يشترى العبد نفسه ويكون

عتقه بأن ينقل نفسه فإن ذلك يصح قبل القبض للمبيع أيضاً لأنه من الاستهلاك . ومن الاستهلاك أيضاً الجناية كالقتل وكسر الآنية من غير نقل سواء كان بفعله أو أمره .

﴿ ثم إن تعذر ﴾ قبض ﴿ الثمن ﴾ من المشترى بإعساره أو تمرده أو الحجر عليه بعد أن أعتق قبل القبض ﴿ فللبائع فسخ ما لم ينفذ ﴾ كالتدبير قبل الموت والكتابة قبل الإيفاء ويبطل العقد ويعود للبائع ويرد المشترى ماقبض من مال الكتابة وللبائع ﴿ استسعاؤه فى ﴾ العتق ﴿ النافذ ﴾ كالعتق المطلق والتدبير بعد الموت والكتابة بعد الإيفاء والاستيلاء قبل الموت أو بعده وإنما يستسعيه ﴿ بالأقل من القيمة و ﴾ من ﴿ الثمن ﴾ فأيهما كان الأقل سعى به ويدفعه إلى البائع ﴿ ويرجع ﴾ بما سعى به ﴿ على المعتق ﴾ أى ويرجع العبد بما سعى به على المعتق وهو المشترى ولكن إن نوى الرجوع وإلا فلا .. أما أم الولد فتسعى بالثمن ولا ترجع بما سعت .. وأما إذا تعذر الثمن بعد أن وقف المبيع المشترى قبل قبضه استسعى العبد كما فى العتق فإن لم يكن المبيع عبداً استغل الموقوف البائع حتى يستوفى الأقل من القيمة أو الثمن[1] ويرجع المتصرف للوقف بالغلة على الواقف كما يرجع العبد بما سعى هـــذا ما لم يكن الوقف مسجداً أو مقبرة قد قبر فيها وإلا بقى الثمن فى ذمة المشترى[2] إلى أن يمكن استيفاؤه منه وذلك لتعذر استغلالها .

﴿ ومن ﴾ اشترى عبداً من شخص ثم ﴿ أعتق ما اشتراه ﴾ وكان شراؤه لذلك العبد ﴿ من مشتر ﴾ له ﴿ لم يقبض ﴾ ذلك العبد حتى باعه قبل القبض فإذا كان العقد صحيحاً ﴿ صح ﴾ العتق ﴿ إن أعتقه ﴾ هـذا المشترى الآخر ، وكذا تصح سائر التصرفات إلا لشفعة فيه لا به لأنهما لايجوزان فى الفاسد ولا بد من أن يكون

(١) وحيث يزيد الثمن على القيمة يبقى الزائد للبائع فى ذمة المشترى اهـ .

(٢) كما لو زاد الثمن على القيمة اهـ .

العتق أو نحوه ﴿ بعد ﴾ أن وقع منه ﴿ القبض بإذن الأولين ﴾ أى بإذن البائع الأول والمشترى الذى باع قبل القبض ﴿ أو ﴾ بإذن ﴿ الثانى ﴾ وهو المشترى الذى باع قبل القبض إذا كان إذنه بعد كونه ﴿ موفراً للثمن ﴾ إلى البائع الأول أو فى حكمه كأن يكون مؤجلا ﴿ وإلا ﴾ يعتقه بعد قبضه بل قبـل أن يقبضه أو بعد قبضه من دون إذن منهما أو بإذن من الثانى قبـل أن يوفر الثمن إلى البائع الأول أو بإذن البائع الأول ﴿ فلا ﴾ يصح العتق لوقوعه قبل الملك .

﴿ وما اشترى بتقدير ﴾ لفظا ووقع التقدير بكيل أو وزن لا غيرهما كبعت منك هـذا على أنه مائة مدّ أو مائة رطل بكذا أو بعت منك هذا كل مدّ أو رطلٍ بكذا ﴿و﴾ قد ﴿وقع﴾ تقديره فعلا ﴿ قبل اللفظ﴾ بالبيع إيجابا وقبولا أو لم يقدر قبل اللفظ وأراد مشتريه أن يبيعه ولو من البائع الأول ﴿ أعيدا﴾ كيله أو وزنه بالفعل بعد لفظ البيع والشراء الأول وذلك ﴿ لبيعه ﴾ الآخر ﴿ حتماً ﴾ أى لزوما فلا يجوز بيعه قبل إعادة الكيل ولو كان المشترى الآخر مشاهداً لكيل الأول ولم يفارقه فإن باعه بغير إعادة كيل كان فاسداً لما أخرجه الدارقطنى من حديث جابر « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشترى » ونحوه للبزار من حـديث أبى هريرة بإسنادٍ حسن . فدل على أنه إذا اشترى الشىء مكايلة وقبضه المشترى ثم باعه لم يَجُز تسليمه بالكيل الأول حتى يكيله على من اشتراه ثانياً . ومن ذلك بعت منى هذا المدّ فلا يصح أن يبيعه إلا بإعادة كيله وإن أشبهه الجزاف من أنه إذا زاد لم يجب رد الزائد ولا تلزم التوفية إن نقص هـذا ، وأما إذا ملك بغير الشراء أو بالشراء جزافا من غير ذكر كيل ولا وزن فإنه يصح بيعه بلا كيل ولا وزن . وكذا لو كاله أولا ثم قال بعت منك بكذا كان من بيع الجزاف فلا يلزم كيله عند إرادة بيعه . وقوله « وقع قبل اللفظ » أى فلو كاله أو وزنه بعد اللفظ كفى فلا يحتاج إلى كيل أو وزن آخر إذا أراد بيعه وسواء كاله أو وزنه بعـد اللفظ

أحدهما أو أجنبي بإذن أيهما . وكذا لو كان المبيع مُدّاً من صبرة ثم كاله البائع للمشترى فقد كفاه كيله فلا يعاد لإرادة البيع وكذا لو لم يرد المشترى بيعه بل أراد النذر به أو الهبة أو نحو ذلك من سائر التصرفات فلا يجب إعادة تقديره لذلك كما يجب لو أراد بيعه . فعرفت أنه إذا لم يشتر بل ملك بغير ذلك أو اشترى جزافا أو بتقدير بعد اللفظ أو لم يرد بيعه بل تصرف آخر فإنه لا يجب إعادة ذلك التقدير ولكن مهما جمع الشروط المتقدمة لم يجز بيعه إلا بعد إعادة الكيل أو الوزن وكذا المرابحة والتولية وجعله رأس مال سلم فلا يجوز ذلك كله إلا بعد الإعادة إذ هو بيع فى جميع هذه الصور فلا يصح من المسلم إليه أن يبيع رأس مال المسلم أو يسلمه إلى غيره بعد قبضه حتى يعيد كيله أو وزنه وأما الإقالة للبائع فتصح قبل إعادة ذلك إذ هى فسْخ .

﴿ واعلم ﴾ أن الكيل والوزن ليس أحدهما شرطا فى صحة القبض إذا وقع القبض بدونهما لأن القبض قد حصل دائما الممنوع بيعه إذا كان على تلك الصورة حتى يعيد كيله أو وزنه للخبر ، فلو باعه كان البيع فاسداً لعدم التقدير ولكنه يملك فى الفاسد بالقبض .

﴿ إلا ﴾ المقدر ﴿ المذروع ﴾ والمعدود إذا اشتريا بتقدير ولو وقع قبل اللفظ فإنه لا يجب إعادة ذرعه أو عده لو أراد أن يبيعه لعدم الدليل فيهما ولعدم وجوب رد الزيادة أو توفية النقص فيهما .

﴿ ويستحق القبض ﴾ للمبيع بأحد أمرين : إما ﴿ بإذن البائع ﴾ ومهما أذن بالقبض فليس له الرجوع عن الإذن وقوله ﴿ مطلقا ﴾ أى سواء كان العقد صحيحا أم فاسداً فإن المشترى يستحق القبض له بإذن البائع إذا لم يكن المبيع مشتركاً .

« الأمر الثانى » قوله ﴿ أو توفيره ﴾ جميع ﴿ الثمن ﴾ على البائع من المشترى أو تبرّع الغير عنه أو كان من البائع تأجيله أو إبراؤه فإنه بحصول واحد منها يستحق المشترى قبض المبيع وله أن يقبضه سواء أذن البائع أم لا ، وهذا إنما يكون ﴿ فى ﴾

العقد ﴿ الصحيح ﴾ فقط دون الفاسد فلا بد من الإذن له من البائع ولو بعد التوفير ونحوه وإذا استحق المشترى القبض بأى هذين الوجهين جاز له قبض المبيع أينما وجده سواء وجده فى يد البائع أم فى يد غيره ﴿ فلا يمنع منه ﴾ حينئذ ﴿ إلا ذو حق ﴾ فى المبيع وذلك ﴿ كالمستأجر ﴾ فإن له منعه حتى تنقضى مدة الإجارة إذا لم يكن البيع لعذر أو أجاز المستأجر كما تقدم وكذا المستعير لو كان له زرع فله منعه حتى تنقضى المدة وتلزم الأجرة للمشترى من يوم العقد إذ البيع رجوع عن العارية وكذا له منعه حيث بيع للايفاء أو لرهن الثمن فله الحبس حتى يستوفى وإن بيع بغير ذلك فهو موقوف كما يأتى فلو قبضه المشترى بغير إذن من المستأجر أو المرتهن فلهما استرجاعه فلو تلف قبل الاسترجاع فللمرتهن أن يرجع على المشترى وتكون القيمة رهنا ويبطل البيع لأنه تلف قبل نفوذه ومتى استوفى كمال القيمة للبائع حيث لم يتساقطا . أما لو أذن المرتهن أو المستأجر بالقبض فلا يكون لهما استرجاعه إذ قد بطل الحق بالإذن .

وقوله ﴿ لا الغاصب السارق ﴾ أى ليس لهما المنع وكذا المستعير الذى ليس له الحبس والوديع فليس لهؤلاء الحبس بعد علمهم بالبيع وتوفير الثمن فى البيع الصحيح أو الإذن من البائع بالقبض ولو كان البيع فاسداً ومثلهم المستأجر حيث تنفسخ إجارته بالبيع وأما إذا لم يكن قد سلم المشترى الثمن أو سلمه والعقد فاسد ولم يكن قد أذن له البائع بالقبض فلكل ممن هو فى يده أن يمنعه منه سواء كان فى يده بحق أم لا كالغاصب لأنه مأمور بحفظه ورده إلى البائع .

﴿ واعلم ﴾ أن لمن أخذه المشترى منه أن يطالبه برده إليه إذا أخذه قبل أن يستحق القبض إلا الغاصب والسارق فطالبتهما بالإرجاع إلى البائع أو إلى الحاكم إن كان البائع غائباً .

باب الشروط المقارنة للعقد

هى على ثلاثة أضراب الأول يفسد به العقد ، والثانى يصح الشرط ولا يفسد العقد ، والثالث يلغو الشرط ويصح العقد ، وقد اشتمل هـذا الباب على فصلين : أولهما للضرب الأول ، وثانيهما للثانى والثالث . وإنما قال الإمام عليه السلام المقارنة للعقد ليخرج ما تقدم أو تأخر من الشروط المفسدة فإذا انبرم العقد خالياً منها كان صحيحاً ويلغو الشرط .

﴿٢٠٣﴾ ﴿فصـــل﴾

فى بيان الضرب الأول وهو أن العقد ﴿ يفسده ﴾ من الشروط إما ﴿صريحها﴾ وهو ما كان مصرحاً فيه بأى حروف الشرط « فهو » أى المفسد «ماعلقه بمُستقبل» على جهة الدوام نحو بعت منك كذا إن جاء زيد ، أو إذا جاء ، أو متى جاء ، أو إذا أعطيتنى الثمن فقد بعت منك أو إذا جاء غد ونحو ذلك من صريح الشروط مهما تعلق بمستقبل فإنه يفسد العقد ﴿ إلا ﴾ الشرط ﴿ الحالى[1] ﴾ فإنه يصح معه العقد وكذا الماضى نحو أن يقول بعت منك هذا إن كان فى ملكى أو إن كنت ابن فلان أو إذا كان قد حصل كذا فإن انكشف حصول ذلك الشرط ثبت البيع وإن انكشف عـدمه بطل العقد وإن التبس بيّن المشترى وإلا حلف البائع على القطع ما يعلم أنه ابن فلان مثلا وإلا بطل العقد حيث لا بينة ولا يمين . . ومن الشرط الحالى ما علق بعلم الله نحو إن علم الله أنه يقدم زيد يوم كذا فقد بعت منك فإذا قدم زيد فى ذلك الوقت انـكشف صحة البيع لأن علم الله سابق لا لاحق فلا يتوهم فى استقبال القدوم. فلو قال بعت منك هـذا الثوب بكذا إن شاء الله لم يصح البيع إلا إذا كان مضطراً

---

(١) ومعنى الحال أنه متعلق بأمر حاصل فى نفس الأمر لا بأمر يحصل فى المستقبل اهـ .

لأن الله تعالى يشاؤه . «وصفوة القول» أن كل شرط مستقبل إن جيء بلفظ الشرط فهو الصريح يفسد به العقد إلا الحالى فلا يفسد كما تقدم . وإن جيء به على جهة لفظ العقد فهو غير الصريح يفسد به وعليه قوله :

﴿ و ﴾ أما ما يفسد البيع ﴿ من عقدها[1] ﴾ أى من عقد الشروط وهو ما جيء فيه . على جهة لفظ العقد بأى حروف « علب » فهو أى المفسد ﴿ ما اقتضى جهالة فى البيع[2] كخيار مجهول المدة ﴾ كبعت على أن لى الخيار ﴿ أو ﴾ اقتضى جهالة ﴿ صاحبه ﴾ أى صاحب الخيار حال العقد كأن يقول لأحدنا الخيار أو يقول الخيار إما لزيد أو لعمرو أو يجعل الخيار لشخص مجهول فلو التبس من الخيار بعد تعيينه أو التبست قدر مدة الخيار بعد تعينها فلا خيار لأيهما لأن العقد قد انعقد صحيحا فلو شرط الخيار له ولوارثه فلا يصح لأنه وارث مجهول وهو أيضاً يبطل بموت الجاعل فيتبعه المجهول له إلا إذا أوصى له بالفسخ .

﴿أو﴾ شرط شرطا اقتضى جهالة ﴿فى المبيع كعلى إرجاحه ﴾ فى الوزن ولا يذكر قدراً معلوما والمراد بإرجاحه هنا ارتفاع إحدى كفتى الميزان وانخفاض الأخرى فإن ذلك يفسد العقد لجهالة الرجحة إلا أن تكون قدراً معلوماً بلفظ أو عرف . وكذا لو شرط الرزم فى الكيل أو جرى به عرف فيفسد لأن الرزم يختلف إلا أن يكون التفاوت يسيراً يتسامح به كما فى كيل الذرة والبر ونحوهما لا فى الزبيب والحنا فلا بد من شرط الرسل وهذا حيث تقدم البيع فإن تقدم الكيل وتأخر البيع صح .

﴿ أو ﴾ شرط ﴿ كون البقرة ﴾ المبيعة ﴿ لبيناً ﴾ أو سميناً فإن ذلك يقتضى الجهالة لأنها صيغة مبالغة فكأنه قال على أن فيها لبناً أو سمناً كثيراً أو الكثير مجهول فيفسد العقد إلا أن يجرى عرف بأنهما للوصف صح البيع كما فى البيان ﴿ونحوه﴾ أن يشترط

(١) أضاف العقد إلى الشروط اه .

(٢) لأنه إذا كان الخيار مجهولا كان استقرار العقد مجهولا اه .

كون الفرس مجليا أى سابقا فإن السبق مجهول فيفسد ، ومما يقتضى جهالة فى المبيع أن يبيع ثيابا ويستثنى واحداً لا بعينه فيفسد العقد حيث لا خيار مدة معلومة ومع الخيار يصح سواء كان مستويا أم مختلفا .

﴿ أو ﴾ شرط ما اقتضى جهالة ﴿ فى الثمن ﴾ فيفسد به العقد ﴿ كملى إرجاحه ﴾ ولا يذكر قدراً معلوما ولا جرى عرف بقدر معلوم ﴿ ومنه ﴾ أى ومما يقتضى الجهالة فى الثمن فيفسد به البيع أن يشترط صبرة من موزون أو مكيل ويشرط المشترى ﴿ على ﴾ البائع ﴿ حط ﴾ قيمة ﴿ كذا ﴾ أرطالا أو مكيالا من تلك ﴿ الصبرة ﴾ المبيعة جملة فإن ذلك يقتضى الجهالة فى الثمن إذ القيمة مجهولة غير مقدرة لأنه يرجع فيها إلى المقومين وهم يختلفون إلا أن تكون القيمة معروفة عندهم أو كانوا يعبرون عن القيمة بالثمن صح البيع كأن يقول بعت منك هذا التمر على أنه مائة رطل بمائة درهم وأسقطت عنك قيمة خمسة أرطال ويريد ذلك ثمن خمسة أرطال من جملة الصبرة صح أما لو أراد القيمة فلا يصح لما تقدم .

﴿ لا ﴾ لو شرط أن يحط ﴿ كذا من الثمن ﴾ فإنه يصح العقد والشرط ﴿ والمسئلة صور ثلاث ﴾ : ﴿ الأولى ﴾ أن يقول بعت منك هذا التمر على أنه مائة رطل بظرفه كل رطل بدرهم أو على أنه مائة بمائة درهم على أن أنقص عنك بحساب الظرف . ﴿ والثانية ﴾ بعت منك هذا التمر الذى فى الظرف على أن التمر مائة رطل بمائة درهم وأسقط عنك خمسة دراهم لأجل الظرف . ﴿ الثالثة ﴾ بعت منك هذا التمر على أنه بظرفه مائة رطل بمائة وأسقط عنك لأجل الظرف خمسة دراهم فان هذه الثلاث الصور تصح ويثبت للمشترى خيار فقد الصفة وإن زاد رد الزائد وإن نقص حوسب بالناقص .. وأما الصورة الرابعة فلا تصح وهى حيث قال وأسقط عنك قيمة خمسة أرطال وقد تقدمت قبل هذه الصور .

﴿ و ﴾ من الجهالة فى الثمن أن يبيع أرضا ويشترط ﴿ على ﴾ نفسه للمشترى ﴿ أن ما عليه[١] من خراج ﴾ هذه ﴿ الأرض كذا ﴾ درهما وأتى به ﴿ شرطا لاصفة ﴾ المراد أتى به شرطا غير صريح ﴿ مخالف ﴾ ما شرطه فى نفس الأمر فيفسد وسواء خالف إلى أقل أو إلى أكثر فيفسد العقد لجهالة الثمن أو جهالة المبيع أما إذا وافق فيصح ﴿ وصورة الشرط ﴾ نحو أن يقول بعت منك هذه الأرض على أن الذى عليك من خراجها عشرة دراهم مثلا وقصد البائع أن دفع المشترى يكون عشرة دراهم فإن انكشف على أن الأرض أكثر من عشرة أو أقل فسد العقد لأنه إن انكشف أن المضروب عليهما خمسة فقد شرط البائع على المشترى خمسة دراهم فى كل خراج وهذه زيادة فى الثمن مجهولة .. وإن انكشف أن المضروب على الأرض أكثر من عشرة نحو أن يكون خمسة عشر فقد شرط البائع على نفسه أن يدفع عن المشترى الزائد على العشرة من الخراج وهذه زيادة فى المبيع مجهولة والأولى زيادة فى الثمن مجهولة فلا يصح العقد فيهما إلا إذا ذكرت مدة معلومة صح فيها وحيث كان الخراج أقل وعينت المدة صح سواء شرط تسليم مازاد عليه إلى عنده أم إلى الإمام فإنه يصح إذا كان ذلك المدفوع مما يثبت فى الذمة وحيث كان الخراج أكثر وعينت المدة صح أيضا سواء كان المدفوع فى جميع المدة أقل من الثمن أم مستغرقا له إلا إذا كان الخراج من جنس الثمن ودفع الزيادة فى تلك المدة يستغرقه فلا يصح وهذا إذا جعل ذكر الخراج شرطا كما تقدم فأما إذا جعله صفة نحو أن يقول على أن الخراج المضروب عليها كذا فإنه يصح العقد والشرط فإن انكشف الخراج موافقا لما وصف به أو أقل صح ولا خيار وإن انكشف الخراج أكثر كان له خيار فقد الصفة وإذا كان على الأرض خراج ولم يذكر البائع حال العقد صح البيع والخراج على المشترى وله الخيار إذا كان لايعلم حال العقد وإن كان عالما فلا خيار .

---

(١) ما موصوله بمعنى الذى اه

﴿ ومنه ﴾ أى ومما يقتضى جهالة الثمن ﴿ شرط ﴾ البائع ﴿ الإنفاق من الغلة ﴾ أى من غلة المبيع أو من غيره سواء شرطه لواحد أم لأكثر ﴿ولو﴾ كان ﴿لمعلومين﴾ فان هذا يقتضى جهالة الثمن إلا إذا جعل الطعام قدراً معلوماً وجنساً معلوماً صح البيع سواء كانت المدة معلومة أم لا وسواء بين نوعه وصفته أم لا. وهذا إذا أطلق ولم يعين، أما لو عين ذلك من غلة المبيع أو من غلة غيرها فسد البيع .

﴿ فرع ﴾ وإذا كان العوض أن ينفق عليه بقية عمره فالعوض مجهول فيكون كالبيع الفاسد سواء، فيملكها بالقبض لقيمتها إذا وقع القبض بإذن البائع وللمنفق أن يرجع بما أنفق. ومن أراد صحة ذلك فانهما يتراضيان على عوض معلوم يثبت فى الذمة ثم يهب له على ذلك القدر ويأمره أن ينفق عليه منه حتى يموت ويقول إن علم الله تعالى أن يبقى شيء من العوض بعد موتى فقد أبرأتك منه .

﴿ أو ﴾ شرط فى العقد شرطا ﴿ رفع موجبه ﴾ فانه يفسد العقد ﴿غالبا﴾ فالشرط المفسد ﴿ كعلى أن لا ينتفع ﴾ نحو أن يبيع منه السلعة على أن لا ينتفع بها فان هـذا الشرط يرفع موجب العقد لأن العقـد يوجب أن المشترى ينتفع بالمبيع، فلو شرط أن لا يبيع ولا يهب أو لا يعتق أو لا يدخل المبيع بيتـه ثلاثة أيام أو أكثر أو مطلقا أو لا يلبس الثوب أو شرط بقاء الثمرة المشتراة[1] سواء جرى العرف ببقائها أم لا أو باع نصف دابة أو كلها صالحة للركوب[2] على أن لا يركبها المشترى إلى وقت إنزاء الفحل عليها فسد العقد لأن هـذه الشروط كلها ترفع موجبه ، وكذا لو شرط البائع على المشترى أن لا يرجع إليه بالثمن عند استحقاق المبيع فسد لأنه يرفع موجبه ، وكذا لو كان الشرط يرفع موجب العقد فى الثمن كأن يقول اشتريت منك الدار بمائة على

---

(١) ولا يصح شراؤها إلا بعد صلاحها اه .

(٢) فأما لو لم تكن الدابة صالحة للركوب وشرط أن لا يركبها حتى تصلح صح ذلك لأنه لا يرفع موجب العقد اه .

أنك لاتهب الدراهم أو لا تتصرف بها فسد العقد .

وقوله ﴿ غالبا ﴾ احتراز من صورتين « إحداهما » أن يبيع الجارية على أن لا يطأها المشترى فان البيع يصح ويلغو الشرط ، وهذا بخلاف ما إذا استثنى البائع وطأها مدة معلومة أو مطلقة فسد العقد. « الصورة الثانية » أن يبيع الجارية على أن يكون ولاؤها للبائع فان هذا الشرط يلغو ويصح البيع .

﴿ ومنه ﴾ أى ومن الشرط الذى يرفع موجب العقد أن يشرط البائع أو المشترى ﴿ بقاء المبيع ﴾ فى يد البائع ﴿ ولو ﴾ قصد أن يبقى فى يده ﴿ رهنا ﴾ حتى يؤدى المشترى الثمن فان ذلك يفسد البيع ﴿ لا ﴾ لو شرط ﴿ رده ﴾ إليه رهنا بعد أن يقبضه المشترى فان هذا الشرط يصح ويصح العقد معه وسواء كان عقداً أو شرطا، فإذا امتنع المشترى من رده فللبائع الفسخ .

﴿ تنبيه ﴾ أما لو شرط البائع كفيلا أو رهنا فى الثمن أو فى المبيع أو شرط المشترى كفيلا فى الثمن إن استحق المبيع فإنه يصح سواء كان الكفيل أو الرهن معينا أم لا ، وسواء كان عقداً أم شرطاً فلو امتنع من تسليم الرهن أو امتنع الكفيل فللبائع الفسخ ولا إجبار فى تسليم الرهن لأن من شرط الرهن التراضى .

﴿ و ﴾ إذا شرط البائع ﴿ بقاء الشجرة المبيعة فى قرارها مدتها ﴾ فسد العقد والشرط لأن ذلك خلاف موجبه فإن قال بحقوقها صح . وكذا لو شرط المشترى البقاء على البائع فسد أيضاً لأن ذلك يكون بيعاً وإجازة مجهولة إلا أن تكون للنفعة فى بقائها وذكر له مدة معلومة صح البيع ، وكذا الاستثناء، وكذلك لو كان الشارط هو البائع وذكر له مدة معلومة .

﴿ مسئلة ﴾ إذا بيعت الشجرة ولم يذكر بقاءها ولا قطعها فإنه يجب قطعها من سواء الأرض إلا أن يجرى عرف بدخول عروقها فإن جرى عرف بأنها تشترى للبقاء كالأشجار التى تثمر كالتوت ونحوه أو تقطع أغصانها فقط من موضع معلوم لشرط

أو عرف كالأثل فى بعض النواحى تقطع أغصانه حطبًا وتترك أصوله فإن كان إلى مدة معلومة صح البيع وإن كان إلى مدة مجهولة كإلى أن أفرغ لقطعها أو إلى أن يزداد نماؤها أو نحو ذلك فسد .

﴿ و ﴾ لو اشترى على شرط ﴿ أن يفسخ ﴾ العقد ﴿ إن شفع ﴾ فى المبيع فان العقد يفسد بذلك سواء كان الشارط البائع أو المشترى وسواء كانت تستحق فيه الشفعة أم لا لأن ذلك الشرط رفع لموجبه إذ موجبه ثبوت الشفعة .

وقوله عليه السلام ﴿ أو علّقه ﴾ أى قيّد المبيع ﴿ بمستقبل ﴾ فسد . مثال ذلك ﴿ كعلى أن تغل أو تحلب كذا ﴾ أى بعت منك هذه الأرض على أن تكون غلّتها فى المستقبل كذا ، أو يقول بعت منك هذه البقرة على أن يكون حليبها ما هو كيت وكيت فان هذا الشرط ونحوه يفسد العقد « وعلى الجملة » فإنه إذا علق نفوذ البيع بأمر يحصل فى المستقبل فسد إلا فى هذه الصورة وهو قوله ﴿لا﴾ لو باع ثوبًا أو فرسًا أو نحوهما ﴿ على تأدية ﴾ المشترى ﴿ الثمن ليوم كذا وإ ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يؤده ذلك اليوم ﴿ فلا بيع ﴾ فانه يصح سواء أتى به عقداً أم شرطاً ولكن يثبت الفسخ للبائع فلو طلبت الشفعة كان ثبوتها موقوفاً على تمام العقد . فلو تلف المبيع فى تلك المدة فى يد المشترى تلف من ماله إذا تسلم الثمن فى ذلك الوقت لأنه قد صح العقد .

﴿ أو ﴾ شرط شرطاً اقترن بعقد البيع ﴿ لا تعلق له به ﴾ فسد به العقد وذلك ﴿ كشرطين ﴾ فى بيع ﴿ أو بيعتين فى بيع ﴾ وسواء شرط الخيار لأحدهما إلى مدة معلومة أم لا . مثال الشرطين فى بيع : أن يقول بعت منك هذا الثوب بعشرة إن كان الثمن نقداً أو بتسعة أو أحد عشر إن كان نسيئة ، وكذا لو قال بكذا إلى أجل كذا لم يصح البيع بل يكون فاسداً وإن اقتضى الربى كان باطلاً .. ومثال بيعتين فى بيع : أن يقول: بعت منك بهذا الثمن على أن تبيعنى به كذا .. ومثال الشرط الذى لا تعلق له بالعقد : اشتريت منك نصف هذه الأرض مشاعا على أن يكون نصيبى عند

القسمة غربيًا أو نحو ذلك فإنه يفسد العقد ولو كانت الأرض مستوية .

﴿ فائدة ﴾ يصح أن تجمع عقود مختلفة فى عقد واحد كبيع وإجارة ونكاح أو غيره، مثاله لوقال بعت منك أرضى وأكريت منك أو من زيد دارى سنة وزوجتك أو زيداً ابنتى بألف درهم ثم يقع القبول لها جميعًا فيكون الألف ثمنًا وأجرة ومهراً ويقسم بينها على قدر قيمة الأرض وأجرة المثل فى الدار سنة ، ومهر المثل فى البنت ، وكذا لو قال بعت منك هذا بكذا على بيعك لى كذا بكذا ، أو قال على زواج ابنتك أو أمتك منى ، وكذلك على إجارة أرضك منى سنة بكذا فيصح الكل بالقبول أو بقوله بعت وزوّجت أو أجرت . قال فى المعيار : لأنه انطوى العقد على العقدين معًا .

قال الإمام عليه السلام ﴿ ونحوها مما نهى عنه ﴾ شرعًا كسلم وبيع وهو أن يبيع المسلم فيه قبل قبضه فان البيع يكون فاسداً، أو سلف وبيع وهو حيث يبيع الشىء بأكثر من سعر يومه مؤجلاً فان البيع يكون باطلاً . وقوله ﴿ غالبا ﴾ احتراز من أمور نهى عنها ولا توجب الفساد كالنجش وهو رفعة قيمة المعروض لا رغبة فيه، والسوم على السوم ونحوها كتلقى الركبان والشراء منهم قبل أن يصلوا البلد وكبيع حاضر لباد لما فيهما من غبن البادى والإضرار بمصالح أهل المصر، إذ الشارع يلاحظ مصلحة الناس وتقديم مصلحة الجماعة على الواحد، لأن البادى إذا باع لنفسه بعد أن يصل السوق انتفع جميع أهل البلد واشتروا رخيصاً .

﴿٢٠٤﴾ ﴿ فصل ﴾

فيما يصح من الشروط المقارنة للعقد فتلزم هى والعقد وهو « الثانى من أضراب الباب » وقد أوضحها الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ ويصح منها ﴾ ﴿ نوعان ﴾ : « النوع الأول » ﴿ ما لم يقتضى الجهالة ﴾ فى أى الثلاثة المتقدمة وهى البيع والمبيع والثمن ﴿ من وصف للبيع كخيار معلوم ﴾ لشخص معلوم حال العقد، فإن جهل بعد

العقد فلا يفسد العقد ولا خيار للمشترى ﴿ أو ﴾ يكون الشرط وصفًا لايقتضى الجهالة، أيضاً وهو ﴿ للمبيع كعلى أنها ﴾ أى البقرة المبيعة ﴿ لبون ﴾ أى ذات لبن فى الماضى فلو جرى عرف أن لبون ولبينًا فى المعنى على سواء استوى حكمهما، فإن كان للمبالغة فى كثرة اللبن فسد البيع وإن كان للوصف بأنها ذات لبن فى الماضى صح البيع .

﴿ أو ﴾ وصف بأن الأرض أو الشجرة ﴿ تغل كذا ﴾ وأراد بذلك كونه ﴿صفة﴾ ثابتة ﴿ فى ﴾ الزمن ﴿ الماضى ﴾ فيصح العقد والشرط ، فلو جعله شرطاً فى المستقبل لم يصح كما تقدم. وفى كونه شرطاً للمستقبل أو صفة فى الماضى يعتبر بشاهد الحال سواء جاء بلفظ الماضى أم المستقبل، فلو اختلفا هل جُعل شرط أو صفة فالقول لمدعى الصفة لأنه مدعى الصحة .

﴿ ويعرف ﴾ حصول الوصف ﴿ بأول المستقبل ﴾ أى بأول المدة المستقبلة بأن تغل مثل ذلك فى أول ثمرة أو تحلب مثل ذلك فى أول حلبة ﴿ مع ﴾ سلامة حالها و ﴿ انتفاء الضار ﴾ فى تلك المدة كالبرد ونحوه ﴿ وحصول ماتحتاج إليه ﴾ ويعتاد للبقرة مثلاً والشجرة والأرض من العلف والحل والسقى والحرث ونحو ذلك. فأما لو عرض لها مايضرها أو لم تستمر على معتادها فنقص لبنها أو ثمرها لم يكن له الفسخ بفقد الصفة . فلو اختلفا فى حصول ماتحتاج إليه فقال المشترى قد حصل وقال البائع لم يحصل فالقول للمشترى وعلى البائع البيّنة ، وكذا لو اختلفا فى حصول الضرّ عليها وعدمه فالقول للمشترى أيضا ، أما لو أنكر البائع نقصان اللبن فالبيّنه على المشترى ، وكذا يتزل الخلاف فى الأرض وتكون الشهادة على إقرار البائع أو مشاهدة النقص إن أمكن .

﴿ واعلم ﴾ أن الشرط المذكور يصح مع العقد فإن وجد الشرط نفذ العقد وعدم الخيار ، وإلا فخيار فقد الصفة باقٍ ، وكذا لو شرط كون الحيوان فتيًا صح

ويعتبر العرف فى الفتوّة ، وكذا يصح لو شرط كونه هملاجًا أى حسن السير فى سرعة أو ذلولاً أوشرط أن الثوب شامى أو صنعانى أو نحو ذلك صح . ﴿ أو ﴾ كان الشرط تأخير مطالبة ﴿ الثمن ﴾ لايقتضى جهالة ضح العقد والشرط ﴿ كتأجيله ﴾ مدة معلومة فان ذلك يصح لا مجهولة كالصيف والخريف والعلب والصراب ومجىء القافلة ونحوذلك من الآجال المطلقة بوقت غير معلوم فلا يصح . ويصح أيضا لو شرط المشترى على البائع أن يعطيه فى الثمن رهنًا أو كفيلاً إن استحق المبيع .

﴿ النوع الثانى ﴾ مما يصح فيه العقد والشرط قوله ﴿ أو ﴾ شرط شرطاً ﴿ يصح افراده بالعقد كإيصال ﴾ إلى ﴿ المنزل ﴾ أى إلى محل معلوم وذلك نحو أن يشترى منه طعامًا أو نحوه على أن يوصله البائع إلى منزل المشترى فان ذلك يصح كما لو استأجره على ذلك من دون بيع ، وكذا لو اشترى منه زرعًا على أن يحصده البائع صح ذلك لأنه من تمام العقد فإن لم يف البائع بما شرط عليه أجبر إن أمكن وإلا كان للمشترى الخيار فإن اختار تمام البيع كان تقسيط الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل بالنسبة كما تقدم أثناء فصل ٢٠٢ .. أما لو كان الشرط لايصح إفراده بالعقد كأن يشترى فصيلاً ويشرط على البائع إرضاعه فان الشرط لايصح ويفسد العقد لأن إرضاع الفصيل لايصح إفراده بالعقد لعدم صحة الاستئجار على الرضاع لتضمنه بيع المعدوم ، وهذا بخلاف ما لو باع البهيمة وشرط البائع أن ترضع ولدها مدة معلومة فانه يصح لأنه بيع واستثناء لا بيع وشرط ، وكذا لو شرط البائع الركوب إلى موضع معلوم صح ، ومنه أى ومن هذا الشرط الذى يصح إفراده بالعقد أن يشترى شجرة ويشترط المشترى على البائع ﴿ بقاء ﴾ تلك ﴿ الشجرة ﴾ فى قرارها ﴿ مدة معلومة ﴾ فان هذا يصح كما لو استأجر مكان تلك الشجرة ، وكذا لو كان الشارط البائع لمصلحة فى بقائها كمدّ الأثواب عليها للتشمس وذكر له مدة معلومة صح البيع ، فإن لم تكن له منفعة فى بقائها فلا يصح لأنه رفع موجبه .

﴿ أما الضرب الثالث ﴾ ﴿ و ﴾ هو ﴿ ماسوى ذلك ﴾ الذى ذكر من الشر في الضربين الأولين ﴿ ف ﴾ يـ ﴿ لغو ﴾ الشرط لعدم لزومه ويصح العقد ، مثال ذلك: أن يشرط على المشترى أن يطأ المبيعة أو يعتقها أو أن لايطأها أو أن الولاء للبائع فلا يلزم الشرط : ﴿ و ﴾ لكن إذا شرط ماهذا حاله ﴿ ندب الوفاء ﴾ بالشرط حيث لا يأثم به فلو شرط عليه أن لا يطأ الأمة فيندب له أن لا يطأها إلا أن يخشى وقوعها في محظور فيحسن منه ترك الوفاء . أما لو شرط عليه أن يطأ الأمة وهى رضيعته فيحرم عليه الوفاء . ﴿ و ﴾ من حكم هذا الشرط أنه ﴿ يرجع ﴾ على المشترى ﴿ بما حط ﴾ له من القيمة ﴿ لأجله ﴾ أى لأجل الوفاء بالشرط فيرجع بذلك ﴿ من لم يوف له ﴾ أي من لم يحصل له الوفاء ﴿به﴾ وهو البائع . وصورة ذلك أن تكون قيمة العبد ألفًا فيبيعه بتسعمائة ويشرط عتقه نحو أن يقول بعت منك هذا العبد بتسعمائة على أن تعتقه فإذا لم يفـِ بالعتق رجع عليه البائع بمائة . وهكذا لو تواطأ البائع والمشترى على ذلك قبل العقد ، واعلم أن الحط إنما يكون من القيمة لا من الثمن لأن الثمن إنما يلزم بعد القبول ، فالإبراء قبله لايصح وبعده يكون إسقاطاً معلقًا على شرط لاتعلق له بالعقد .. أما لو تواطأ البيعان على غرض قبل العقد نحو أن يقول بعت منك أرضى بمائة ومع المشترى أرض قد تواطأ هو والبائع على بيعها من البائع فامتنع المشترى بعد الشراء عن بيع أرضه إلى البائع كان للبائع الخيار فيما باعه منه ، وهذا إذا جرى العرف بأن المتواطأ عليه كالمشروط حال العقد وتصادقا على ذلك التواطؤ وإلا أقيمت البيّنة على الإقرار ، وإلا حلف المشترى .

﴿٢٠٥﴾ ﴿باب الربويات﴾

الربا فى اللغـة هو الزيادة ، وأما فى الشرع فهو على وجهين منه ما يسمى ربى لأجل الزيادة ومنه لأجل النساء . والمراد بالنساء عدم التقابض قبل الافتراق أو عدم الوجود فى الملك .

﴿ فصل ﴾

وتنقسم الربويات باعتبار المالين اللذين يباع أحدهما بالآخر إلى ثلاثة أقسام : إما أن يختلفا فى الجنس والتقدير ، أو أحدهما ، أو يتفقا .

﴿ فالأول ﴾ ﴿ إذا اختلف المالان فى الجنس والتقدير بالـكيل والوزن ﴾ نحو أن يبيع لحماً بشعير فإنهما مختلفان فى الجنس وكذا فى التقدير إذ الطعام مكيل واللحم يعتبر فى الربا موزوناً ويشترط وجوده فى الملك ، وعنـد ذلك ﴿ يجوز التفاضل ﴾ هنا إما باعتبار القيمة أو باعتبار لو قدرا بتقدير واحد كالوزن مثلا لفضل أحدهما على الآخر ﴿ و ﴾ يجوز ﴿ النَّساء ﴾ المراد به عدم التقابض قبل الافتراق . قال الإمام عليه السلام : وإنمـا قلنا بالـكيل والوزن لأنه لا عبرة بما سواهما من الذرع والمدد، وسواء اتفق فيه الجنسان أم اختلفا .

﴿ و ﴾ ﴿ القسم الثانى ﴾ إذا اختلف المالان ﴿ فى أحدهما ﴾ إما فى الجنس دون التقدير كبرّ بشعير، أو فى التقدير دون الجنس كحب بر بخـبزه موزوناً ﴿ أو لا تقدير لهما ﴾ بكيل ولا وزن رأساً كحيوان بحيوان ودار بدار وضيعة بضيعة وثوب بثوب سواء اتفق الجنس كفرس بفرسين أم اختلف كفرس ببعيرين فإنه يجوز فى هذين الوجهين ﴿ التفاضل فقط ﴾ أى لا النَّساء وهو عـدم التقابض فى المجلس فلا يجوز ، والمراد بالتفاضل ـ مما لا تقدير له ـ التفاضل فى القيمة ، فأما لو اختلف الجنس وكان

أحدهما مقدراً دون الآخر جاز النَّساء أيضاً كفرس بطعام ونحو ذلك .

وحيث اختلف المالان فى الجنس دون التقدير أو العكس أولا تقدير لهما جاز التفاضل لا النساء ﴿ إلا ﴾ فى صورتين فيجوز فيهما التفاضل والنساء : « إحداهما » ﴿ الموزون ﴾ أو المكيل أو ما لا تقدير له إذا بيع ﴿ بالنقدين فكلاهما ﴾ يجوز فيه التفاضل والنساء نحو أن يبيع رطلا من اللحم بقفله من الدراهم المضروبة أو من الدنانير المضروبة فإنهما هنا اتفقا فى التقدير ولم يحرم النَّساء ولا التفاضل وكذلك سائر الموزونات إذا بيعت بأحد النقدين جاز التفاضل والنساء وكذا المكيل ومالا تقدير له إذا قوبل بالنقد جاز التفاضل والنساء إلا أن يقابل النقد موزوناً من الذهب والفضة كالسبائك ونحوها . كأن يبيع سبيكة قدر درهمين بدرهم فلا يصح .

﴿ الصورة الثانية ﴾ أن يبيع ﴿ نحو السفرجل برمان ﴾ أو نحوه ﴿ سلما ﴾ مع تكامل شروطه فإنه يجوز التفاضل هنا والنساء وهكذا لو أسلم تفاحاً فى حطب أو نحو ذلك مما يجوز فى السلم لأنهما اختلفا فى الجنس ولا تقدير لهما . وجاز النساء هنا مع التفاضل لكون ذلك سلما . أما لو كان بيعا جاز فيه التفاضل لا النساء مطلقا اتفق الجنس أم اختلف لأن ذلك قيمى .

﴿ وضابطه ﴾ أن القيمى إذا اتفق جنسه اشترط الملك لهما معاً والتقابض فى المجلس وإن اختلف نحو إبل ببقر ونحو ذلك لم يشترط إلا وجودهما فى الملك فقط دون التقابض، فإن كان أحدهما قيمياً والآخر مثلياً اشترط وجود الملك فى القيمى دون المثلى، وإن كانا مثليين اشترط ملك أحدهما مع التقابض والمراد بالتقابض فيما هذا حاله أن يكونا فى المجلس .

﴿ القسم الثالث ﴾ من الربويات قوله ﴿ فإن اتفقا ﴾ أى المالان ﴿ فيهما ﴾ أى فى الجنس والتقدير فإن كانا من جنس واحد مكيلين معا أو موزونين معاً كالبر بالبر والذهب بالذهب والفضة بالفضة والملح بالملح ولو كان أحدهما برياً والآخر بحريا فهما

جنس واحد وكذلك القطن والغزل هما جنس واحد ﴿ اشترط ﴾ فى صحة بيع أحدهما بالآخر ﴿ شروط خمسة ﴾ .

﴿ الأول ﴾ ﴿ الملك ﴾ فمن حقهما أن يكونا موجودين فى ملك المشترى والبائع ولا يجب أن يكونا حاضرين حال العقد ، بل اللازم أن يكونا فى الملك حال العقد مع التقابض فى المجلس كما سيأتى . أما بيع النقد بالنقد فلا يشترط وجودهما فى الملك كما سيأتى فى الصرف .

﴿و﴾ ﴿ الثانى ﴾ ﴿الحلول﴾ فلا يكون فيه تأجيل فلو علق العقد بشرط التأجيل مدة زائدة على قدر المجلس أم بقدر المجلس لم يصح العقد ولو تقابضا فى المجلس لأن العقد لم يقع على الوجه الصحيح .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ « عدم الخيار » فلو ذكر فى العقد خيار ولو بقدر المجلس فسد « إلا أن يبطل فى المجلس » صح العقد لأنهما لا يفترقان إلا وقد انبرم العقد .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ تيقن التساوى حال العقد ﴾ أى لا بد من التيقن فى أنهما متساويين ، فلا يكفى الظن ، فلو لم يتيقن تساوى المتقابلين فى الكيل أو الوزن حال العقد لم يصح ، فلو قال بعت منك هذا البر بهذا البر إن كانا متساويين لم يصح ولو علم تساويهما بعد العقد فى المجلس فلا يصح . وقوله حال العقد هو قيد فى الأربعة الشروط المتقدمة . وهذا ما لم يدخلا فيه مكايلة أو موازنة نحو بعت إليك صاعا من هذا بصاع من هذا فيصح إذ اليقين حاصل عند العقد . واعلم أنه لا ربى فى المعاطاة ولو تيقنت الزيادة .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ ﴿ التقابض ﴾ فلا تكفى التخلية بل لا بد أن يقبض كل من المتبايعين أو وكيلهما من الآخر ﴿ فى المجلس[1] ﴾ قبل الافتراق ﴿ وإن طال ﴾

---

(١) وأولى من هذه العبارة وما تبعها قوله فى فتح الغفار : « وتقابض قبل تفرق المتبايعين » اهـ .

بأوقات كثيرة صح مهما وقع القبض قبل التفرق ﴿ أو انتقل البيعان﴾ من مكان العقد إلى جهة أخرى لم يضر انتقالها ﴿ أو أغمى عليهما ﴾ أو على أحدهما ثم أفاق وحصل التقابض قبـل الافتراق ، وكذا لو جنّ أحدهما ناب عنه وليه بالقبض قبل الافتراق لا لو مات أحدهما بطل العقد .

﴿ أو أخذ ﴾ أحد المتبايعين ﴿ رهناً أو ﴾ وقعت ﴿ إحالة ﴾ بما عليه لا بماله وهذا فى النقدين فقط لا فى غيرها لأنه لايشترط ملـكهما كما سيأتى فى الصرف . ﴿ أو ﴾ حصلت ﴿ كفالة ﴾ لم يبطل العقد . ومهما حصل شىء ممـــا ذكر لم يبطل العقد ﴿ ما لم يفترقا ﴾ قبل التقابض فلو تأخر قبض المالين أو أحدهما إلى بعد الافتراق بطل العقد وإن تأخر بعض المـالين بطلت حصته . وحد الافتراق فى الفضاء أن لا يسمع أحدهما خطاب الآخر الخطاب المعتاد ، وفى الملأ خروج أحدهما من المنزل الذى هما فيه أو يصعد أو يهبط .

﴿لا﴾ لو تدارك متدارك لأحد البيعين بما يستحقه ثم إنه ذهب إلى ذلك ﴿المدرك﴾ عن المجلس قبل أن يفى بما ضمن به لم يبطل العقد بفراقه مهما لم يفترق البيعان قبل القبض وكذا المحال عليه . ﴿ و﴾ اعلم أن المال إذا كان فى ذمة أحدهما أو كلاهما فإن ﴿ ما فى الذمة ﴾ يكون ﴿ كالحاضر ﴾ فلو كان فى ذمة رجل لرجل طعام فقضاه من جنس ذلك الطعام أو من غير جنسه صح، ولو كان فى التحقيق مشتريا لما فى ذمته بهذا الطعام ولهذا لو أتى بلفظ البيع صح، وكذا ما فى الذمتين كالحاضر فيجوز أن يبيع ما فى ذمة صاحبه بمـا فى ذمته مع اختلاف الجنس أو النوع أو الصفة ، فأما مع الاتفاق فيتساقطان كما سيأتى فى القرض ، وما فى الذمة كالحاضر « إلا فى رأس مال السلم » فلا يصح أن يكون ما فى الذمة رأس مال ومن شرطه القبض فى المجلس ولأنه يصير من بيع الـكالئ بالـكالئ كأن يبيعه مُدًّا يكون فى ذمته أو بعد قد صار فى ذمته من قبل وذلك لا يصح .

﴿ والحبوب ﴾ كالبر والشعير والذرة والدخن والطهف ﴿ أجناس ﴾ مختلفة كل جنس مخالف للآخر: فالبر مع تنوعه جنس واحد، والعلس جنس آخر ﴿ وكذلك الثمار ﴾ كالتمر والرمان والسفرجل وما أشبه ذلك أجناسٌ مختلفة. والعنب والزبيب جنس واحد، وكل جنس من أنواعه جنس واحد، والخل تابع للثمار فى تجنسه ﴿ واللحوم ﴾ من أصناف الحيوانات ﴿ أجناس ﴾ وكذلك جلودها : فالضأن والماعز والظباء والأوعال فى البيع جنس، وكذا البقر وحشيها وأهليها، والجواميس فى البيع والزكاة جنس، وحمار الوحش والإبل جنس . والطير أجناسٌ وصيد البحر أجناسٌ .

﴿ وفى كل جنس ﴾ من الحيوان ﴿ أجناس ﴾ فالكبد والقلب والكرش والرئة والطحال والكلية وشحم البطن والمعاء والإلية[1] كل واحد منها جنس واللحم وشحم الظهر جنس واحد. ولا يجوز بيع النيء بالمطبوخ منها ولو تساوت ، والسمن ﴿ والألبان تتبع ﴾ اللحوم : فلبن الغنم والبقر والإبل أجناسٌ وكذلك السمن ، والإهال[2] يتبع اللحوم ولا يتبع السمن .

﴿ والثياب سبعة ﴾ أجناس وهى: الحرير والكتان والخز والقطن وصوف الضأن ووبر الإبل وشعر المعز، فهذه هى مواد أجناس الثياب المعروفة قبل النسج، وثمة أجناس الآن سواها من الأشجار وغيرها فكل جنس له حكمه. وأما بعد النسيج فهى مما لا تقدير له فيجوز التفاضل فيها لا النساء ﴿ والمطبوعات ﴾ من المعادن وهى ما ألانتها النار وجرت عليها المطارق ﴿ ستة[3] ﴾ أجناس: الذهب الأبيض والأصفر، والفضة والنحاس

(١) هى التربة فى العرف اه .

(٢) هو فى العرف الودك اه .

(٣) وجعل أجناس المطبوعات ستة أو سبعة هو باعتبار ما كان معروفا فى الزمن السابق، أما فى هذا الزمن فقد بلغت إلى اثنى عشر جنسا، ومن ذلك ماهو غير معروف عندنا الآن فلا حاجة إلى ذكرها اه .

الأحمر والرصاص الأبيض والأسود، والشبه وهو النحاس الأصفر. وإنما قيل له ذلك لأنه يشبه بالذهب، والسادس الحديد[١]، والسابع الفِلِزّ[٢] وهو النحاس الأبيض المعروف بالجسد. ﴿ فإن اختلف التقدير ﴾ فى جنس من الأجناس الستة[٣] المنصوص عليها أو فى غيرها من الأجناس بأن كان فى البلد يباع بالكيل أو بالوزن ﴿ اعتبر الأغلب فى ﴾ تقدير ﴿ البلد ﴾ أى بلد البيع وميلها ، فإن استويا أو التبس الأغلب غلب جانب الحظر فلا يباع إلا مثلاً بمثل ويداً بيد ، وإذا بيع بغير جنسه حينئذ فيقدر بتقدير مايقابله ولا يجوز فيه النساء . نعم فلو اختلف التقدير باختلاف الجهات بأن كان يكال فى بلد ويوزن فى أخرى كالزبيب اعتبر بلد البيع وتعتبر كل بلدة بعادتها .

﴿ فإن ﴾ بيع الجنس بجنسه و ﴿ صحب أحد المثلين ﴾ جنس ﴿ غيره ﴾ دخل فى المبيع على جهة الاتفاق لا لقصد الحيلة . والمصاحب ﴿ ذو قيمة ﴾ إذا كان قيمياً أو لا يتسامح الناس بمثله إذا كان مثلياً ﴿ غلب المنفرد ﴾ مثاله : لو باع مداً براً بمد بر ودرهم فإن ذلك لايصح بل لابد أن يكون الطعام المنفرد عن الدرهم أكثر من مد لأنه إذا لم يكن أكثر أدى إلى الربا إذ يكون بعض المد بالدرهم وبعضه بالمد فيؤدى إلى بيع الجنس بجنسه متفاضلاً وذلك ربى . أما إذا كان المنفرد أغلب نحو أن يكون زائداً على المد كان المد مقابلاً للمد وكانت الزيادة مقابلة للدرهم[٤] ولو قلت قيمتها عن الدرهم إذا اتفق ذلك ولم تقصد به الحيلة، فإن قصدت فلا يجوز إلا إذا كانت قيمة

---

(١) والذكر والذكير من الحديد أيبسه، وأجوده يزاد فى رأس الفأس وغيره وهو فى العرف الهندوان اهـ .

(٢) يجعل منه القدور العظام المفرغة .. أو هو خبث الحديد، أو جواهر الأرض كلها، أو ماينفيه الكير من كل مايذاب منها، أو هو الصرفان أى النحاس والرصاص الأبيض إذا أذيبا اهـ .

(٣) وهى :

ذهب فضة وبر شعير ثم تمر والملح مثل بمثل

(٤) وهذه الصورة من مسائل الاعتبار لما كان يعتبر فيها زيادة الجنس المنفرد اهـ .

الزيادة تساوى ما قابلها وهو الدرهم فى هـذا المثال ، فلو كان المصاحب لأحد المثلين لا قيمة له أو يتسامح الناس بمثله كان وجوده كعدمه وصح بيع المد بالمد مع هـذا المصاحب اليسير إذا كان من غير جنس المتقابلين وإلا فلا يجوز البيع إلا مع تيقن التساوى التام بلا أدنى زيادة ولا نقصان .

﴿ واعلم ﴾ أنه يصح بيع الزبد برائب فيه الزبد أقل، والسليط[1] بجلجلان فيـه السليط أقل، والزيت بزيتون فيه الزيت أقل والبر المنسَّل ببر فى سنبله وفى السنبل البر أقل ، والبر بأرض مزروعة براً قد حصد والبر فى الزرع أقل، فلا بد فى كل ذلك أن يكون المنفرد أكثر من المصاحب إذا كان بعـد المصاحب له قيمة لئلا تحصل الزيادة، فإن لم يكن له قيمة اعتبر التساوى . ويصح بيع سيف محلى بفضة بدراهم إذا كانت الفضة فيه أقل من الدراهم ولـكن لابد من التقابض قبل الافتراق لأنه بيع وصرف ويجوز بيعه بدنانير ولو كان وزن الفضة فيه أكثر من الدنانير . ولا بد من التقابض قبل الافتراق فيما يخص الحلية لأن ذلك صرف ، فلو لم يحصل التقابض بطل العقد فى الحلية فقط ويثبت الخيار لهما فى السيف لأن فصل الحلية عنه مضر ، وكذا يصح بيع دراهم مغشوشة بدراهم مغشوشة وغش كل واحدة قيمة للفضة .

﴿ ولا يلزم ﴾ فى المتقابلين التغليب لأحدهما على جنسه ﴿ إن صحبهما ﴾ معاً جنس آخر وذلك نحو أن يبيع مدبرّ وثوباً موجوداً فى الملك بمدبرٍّ ودرهم فلا يلزم تغليب أحد المُدّين .

﴿ فرع ﴾ فلو باع خبزاً مسمنًا بمثله وزنا جاز التفاضل للاعتبار ، وكذا يجوز بيع الدراهم المغشوشة بمثلها مغشوشة وغش كل يقابل فضة الآخر ، وهـذه من مسائل الاعتبار .

(١) وصورة الاعتبار فى ذلك أننا نعتبر السليط الموجود فى الجلجلان مقابلا لمثله من السليط، وعصارته تقابل المقدار الزائد من السليط، وكذا يكون الاعتبار فى نظائره اهـ .

﴿ و ﴾ حيث يغلب المنفرد ﴿ لا ﴾ يلزم ﴿ حضور ﴾ ذلك ﴿ المصاحب ﴾ للجنس الآخر ولا يلزم فيه القبض قبل التفرق لأنه مخالف لما قبله فى الجنس . ﴿ و ﴾ كذلك إذا كان مع كل واحـد من المثلين مصاحب فانه ﴿ لا ﴾ يلزم حضور ﴿ المصاحبين ﴾ ولا يلزم التقابض قبل الافتراق : مثال ذلك أن يبيع صاعين حنطة وثوباً بصاعين حنطة ودينار فانه لا يجب قبض الثوب والدينار قبل الافتراق ولا قبض الحنطة أيضا فى هذه الصورة لأنه يجوز أن تكون الحنطة مقابلة للجنس الآخر المصاحب، والعقد إذا احتمل وجهى الصحة والفساد حمل على الصحة عندنا .

وقوله ﴿ غالبا ﴾ احتراز من بعض الصور وذلك أن يشترى رطلاً عسلاً مع رطل حديد برطل عسل مع رطل نحاس فانه يجب التقابض قبل الافتراق لأننا إن قدرنا أن العسل من الطرفين مقابلاً للحديد وللنحاس لم يجز النساء لأن المتقابلين هنا وإن اختلفا فى الجنس فقد اتفقا فى التقدير وهو الوزن فلا يجوز النساء ، وكذلك لو قدرنا أن العسل مقابل للعسل والنحاس للحديد لم يجز النساء أيضا فيجب التقابض قبل الافتراق على كل حال .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا اتفق المبيع والثمن فى الجنس لا فى الكيل والوزن فانه يجوز التفاضل فيهما وسواء كان مع أحـدهما أو مع كليهما جنس آخر أم لا ولكن يجب تقابضهما قبل الافتراق ، وإذا صحبهما جنس آخر وهو مثلى فيجوز أن لا يكون موجوداً فى الملك وإذا كان قيميًا فلا بد من وجوده لأنه مبيع فيشترط وجوده فى الملك لعدم صحة ثبوته فى الذمة .

﴿٢٠٦﴾ ﴿فصل﴾

﴿ ويحرم ﴾ ولا يصح البيع ويكون باطلاً فى ﴿ خمس عشرة مسئلة ﴾ ورد بها النهى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وهى ﴿ بيع الرطب ﴾ ما دام رطباً ﴿ بالتمر ﴾

الذى قد جف ويبس فإن البيع باطل ﴿ و ﴾ لا يجوز بيع ﴿ العنب بالزبيب ونحوها ﴾ مما لا يعلم التساوى فيهما ، وذلك كبيع البر المقلوّ ببر غير مقلوّ، أو المبلول باليابس أو الحليب بحليب فيه ماء، أو البر بالدقيق فإن ذلك كله لا يصح ولا يجوز لأن المتقابلين متفقان جنساً وتقديراً ولا يمكن العلم بالتساوى فيهما ، وإذا أمكن العلم بالتساوى كبيع الحنطة بالدقيق والمبلول بغير المبلول وقد علم التساوى فيهما قبل الطحن والبلل جاز . أما بيع المقلو بالمقلو أو بغير المقلو فلا يجوز ولو علم تساويهما قبل القلى لأن النار تأخذ من المقلو ولا يعلم من أيهما أخذت أكثر ولهذا لا يجوز ولو قدر المأخوذ شيئاً يسيراً .

﴿ فرع ﴾ ويحرم بيع الرطب بالتمر ونحوها كما تقدم سواء كانا موزونين معًا أم مكيلين أم مختلفين فإن البيع باطل . ﴿ واعلم ﴾ أنه يجوز بيع العنب بالعنب حيث هو مقدر وبيع الدقيق بالدقيق إذا اتفقا نعومة وخشونة وإلا فلا لأن المكيال يأخذ من الناعم أقل من الخشن وبيع الزبد بالزبد كل ذلك يداً بيد مثلاً بمثل فلا يعفى عن التفاوت بين المتقابلين ولو كان يسيراً مهما كانا من جنس واحد مقدرين بمقدار واحد أما إذا لم يكونا مقدرين فإنه يجوز التفاضل بينهما ولكن لا يجوز النساء .

﴿ و ﴾ « منها » أنه يحرم ولا يصح بيع ﴿ المزابنة ﴾ وهى بيع التمر على النخل بتمر مكيل أو غير مكيل فإن ذلك لا يجوز لعدم تيقن التساوى ﴿ إلا ﴾ مارخصه النبى صلى الله عليه وآله وسلم فى حق ﴿ العرايا ﴾ وهم الفقراء، قيل سموا بذلك لتعريهم عن المُلك أولتعرى أبدانهم عن الثياب، ولكن لا يجوز لهم شراء الرطب على النخل بخرصه تمراً إلا فيما دون النصاب ويعتبر أن يكون الرطب على رؤوس الأشجار ، ويجوز لهم ذلك ولو كان التمر مؤجلاً ، ولا يجوز لهم شراء العنب بالزبيب ونحوها مطلقًا .

﴿ و ﴾ « منها » أنه يحرم ﴿ تلقى الجلوبة ﴾ إلى أسواق المسلمين أو الذميين ليشتريها قبل ورودها إلى حيث تباع، أو البيع من الواصلين، وإنما حرم ذلك لأمرين:

« أحدهما » أن التلقى يخدع الجالبين ، ولهذا لو وقع البيع ثبت للواصل خيار الغرر ولو لم يحصل من التلقى تغرير . « الأمر الثانى » أن الضعيف من أهل المصر لايمكنه التلقى ويحرم التلقى سواء قصده أم لا، وسواء أراد الشراء أم البيع من الواصلين، وسواء كان التلقى فوق البريد أو دونه ولو فى المدينة فى غير الموضع الذى تباع فيه . وسواء كان بيت المتلقى فى المدينة أم خارجها ، وسواء قصد الجلاب البيع فى السوق أم حيث مايجد فإنه يحرم التلقى على كل حال رعاية للمصلحة العامة كما تقدم آخر فصل ٢٠٣ .

﴿ و ﴾ « منها » ﴿ احتكار ﴾ الماء و ﴿ قوت الآدمى والبهيمة ﴾ المحترمة الدم ولكن لايحرم الاحتكار إلا بشروط أربعة: ﴿ الأول ﴾ أن يكون قوتاً أو ماء لآدمى أو بهيمة محترمة الدم، ولافرق فى جميع الأقوات، فلو كان غير ذلك جاز إلا أن الكسوة والدواء وما يعيش الآدمى إلا به إذا امتنع المالك عن بيع ذلك عند خشية التلف أو الضرر على الناس جاز إجباره على البيع .

﴿ والثانى ﴾ أن يحتكر ﴿ الفاضل عن كفايته و ﴾ كفاية ﴿ من يمون ﴾ وهم أولاده وزوجته ونحوهم فإذا كان له غلة واحتكر الفاضل عن كفايتهم ﴿ إلى الغلة ﴾ ولو قريبًا فهو عند اجتماع بقية الشروط احتكار وحينئذ يكلف البيع ، وسواء تربص بذلك الغلاء أم لا .

﴿ والثالث ﴾ أن يحتكره ﴿ مع الحاجة ﴾ إليه وذلك عند خشية التلف أو الضرر ولو على واحد من الناس .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أن يحتكر ذلك مع ﴿ عدمه ﴾ أى مع عدم وجدان مثله فى البريد أو دونه .

﴿ إلا ﴾ معه أو ﴿ مع ﴾ محتكر ﴿ مثله ﴾ فيحرم الاحتكار عند اجتماع هذه الشروط. ولافرق بين أن يكون من زرعه أو شراء من المصر أو من البادية ، وسواء

قصد الاحتكار عنـد الشراء أم لا ﴿ فيكلف ﴾ حينئذ ﴿ البيع لا التسعير ﴾ ولو كان مصنوعاً أى لا يكلف أن يجعل سعره كذا بل يسعره كيف يشاء، فإن امتنع عن البيع فللإمام أو الحاكم أن يبيعا عنه بثمن المثل. وهذا إنما هو ﴿ فى القوتين فقط ﴾ فأما سائر المبيعات فالتسعير فيها جائز كاللحم والسمن ونحوهما رعاية لمصلحة الناس ودفع الضرر عنهم ولـكن لا يكلف البيع إلا فى الماء وقوتى الإنسان والحيوان فيما لا يعيش إلا به كما تقدم لا فيما عدا ذلك ، وكذا الإمام يجب عليه عنـد تضرر الناس إخراج المدخر من الأقوات لأنها من أموال المسلمين ولهم ادخرت فهم أحق بها عنـــد حاجتهم وتضررهم إلا أن يخشى فى الحال استئصال قطر من أقطار المسلمين إن أخرجه فلا يجب عليه .

﴿ و ﴾ « منها » ﴿ التفريق بين ذوى الأرحام المحارم فى الملك ﴾ فمن ملك رقبتين فصاعدا بينهما رحم محرمة ، وذلك كأن يملك أخوين أو أمًّا وولدها أو ولداً وخاله أو خالته أو عمته أو نحو ذلك فلا يجوز له أن يفرق بينهما بأن يبيع أحدهما أو بعضه أو يهبه أو ينذر به أو نحو ذلك بما يخرجه عن ملـكه وسواء أخرج الـكبير أم الصغير فإن فعل أثم وكان البيع فاسداً لا أن يبيعهما معًا إلى واحد بعقد واحد فيجوز أو يبيعه إلى رحمه أو يبيعـه من نفسه وإلا فلا يجوز ﴿ حتى يبلغ الصغير ﴾ ويفيق المجنون ، وسواء بقى للصغير مع المالك الأول رحم أو لا فلا يصح أن يبيع الأب مثلاً ويبقى الولد وأمه ﴿ وإن رضى الـكبير ﴾ بالتفريق فلا يجوز لأنه ليس الحق له فلا يبيحه الرضا . وإنمـا قال « فى الملك » احترازاً من التفريق بالعتق أو الوقف أو الجهات أو بالقسمة بين الورثة أو تسليمه بجنايته فإنه يجوز أن يعتق أحدهما دون الآخر أو يوقفه أو يجعله فى جهة والآخر فى جهة ولو حصل معـه التضرر . واعلم أن تحريم التفريق إنما هو خاص بالآدميين ، أما سائر الحيوانات فيجوز التفريق بين البهيمة وولدها بعد استغنائه عن اللبن إذا كان مما لا يذبح وإلا فجائز مطلقاً .

﴿ و ﴾ « منها » ﴿ النجش ﴾[1] وهو فى الشرع الزيادة فى ثمن المعروض للبيع لا ليشتريه بل ليغر بالشراء غيره، أو ليحيّر البائع عن البيع إلا بما قد وقع فذلك محرم على فاعله، وإذا كان مراده بالزيادة ليغر غيره بالشراء فإذا كان ذلك بعناية البائع ثبت للمشترى الخيار وإلا فلا خيار له .

﴿ و ﴾ منها ﴿ السوم على السوم ﴾ بعد التراضى قبل أن يقع البيع بينهما كأن يكون قد اتفق مالك السلعة والراغب فيهـا على البيع ولم يعقد ، فيقول آخر للبائع : أنا أشتريها منك بأكثر بعـد أن كانا قد اتفقا على الثمن سواء زاد فى الثمن أو البيع أم لا ، وسواء كان ذلك سرًّا أم جهراً فإنه لايجوز ، أما لو كانا متساومين لم يتراضيا بل دفع للبائع ثمناً فامتنع ، فجاء الآخر ودفع ثمناً جاز ذلك قبل التراضى، وبعد التراضى لايجوز إلا فى سلعة اليتيم وغلة الوقف فللغير أن يزيد على ثمن الأول ولو بعد التراضى. وكذا يحرم ﴿ البيع على البيع بعـد التراضى ﴾[2] وسواء وقعت زيادة أو نقصان أو مساواة فانه يحرم البيع نحو أن يقول لمن باع بخيار استرد المبيع وأنا أزيدك فى الثمن ، ثم يشتريه منه، أو يقول للمشترى بالخيار رد المبيع وأنا أبيعه منك بأنقص من ذلك ، ثم يبيع منه .

﴿ واعلم ﴾ أن من بعـد مسئلة المزابنة إلى هنا يصح البيع مع الإثم إلا التفريق بين ذوى الأرحام فالبيع فيه فاسد ، وما سيأتى من المسائل إلى آخر الباب البيع فيهـا باطل إلا السلم والبيع ففاسد . وفيما اشترى بنقد غصب البيع صحيح .

﴿ و ﴾ منها أنه يحرم ﴿ سلم ﴾ وبيع وهو أن يبيع المسلَم فيـه قبل قبضه سواء باعه ممن هو عليـه أو من غيره فإنه لايجوز ويكون البيع فاسداً . وقوله ﴿ أو سلف وبيع ﴾ يعنى يحرم أن يشترى الرجل سلعة بأكثر من ثمنها لأجل النَّساء ، ويحتال

(١) بفتح النون وسكون الجيم بعده شين معجمة ، والنجش لغة تنفير الصيد واستثارته من مكانه ليصاد اهـ . (٢) راجع الى المساومة إذ لا يكون البيع إلا بعد التراضى اهـ .

لذلك بأن يستقرض الثمن من البائع ليعجله إليه حيلة فان ذلك البيع حرام باطل .

﴿ و ﴾ منها ﴿ ربح ما اشترى بنقد غصب ﴾ معين مدفوع فإنه يجب التصدق به . مثال ذلك أن يغصب نقداً ثم يشترى به سلعة ثم يبيعها بربح فإنه يصح الشراء والبيع لأن الدراهم والدنانير لاتتعين، لكن يحرم عليه الربح فيلزم التصدق به لأنه ملكه من وجه محظور ، وكذا يحرم عليه ربح الربح كما سيأتى . وهذا إذا كان النقد المغصوب معيناً مدفوعاً ، أما لو اشترى شيئاً إلى الذمة ، ثم دفع النقد المغصوب فإنه إذا ربح فى المبيع طاب له الربح ، وكذا ربح رأس المال فإنه يطيب له ، مثال ذلك : أن يشترى شيئاً بأربعة دراهم مغصوبة معينة مدفوعة ثم يبيع ذلك الشىء بستة دراهم ثم يشترى بها شيئاً ثم يبيعه بتسعة دراهم فإنه يطيب له من الربح الأخير ثلثاه درهمان لأن ذلك هو ربح الأربعة وهى رأس المال فى الشراء الأخير ، ويحرم عليه ربح الربح وهو درهم وهو ثلث الربح الأخير . وهكذا يحرم عليه ربح الربح ماتدارج ، ومثل ربح رأس المال ربح مالم يضمن ، وذلك كأن يبيع ما اشتراه قبل قبضه بأكثر ويرد الزيادة من الثمن على القيمة للمشترى الأخير ، مثاله : أن يشترى شيئا بثمانية وهو يساوى تسعة ، ثم يبيعه قبل قبضه بعشرة فيرد درهماً للمشترى الأخير ويبقى درهم يطيب له .

وقوله ﴿ أو ثمنه ﴾ « وكان نقداً » يعنى أو ربح ما اشتراه بثمن المغصوب. مثاله لو غصب شيئاً ثم باعه بعشرة ثم شرى بها كذلك فإنه يحرم الربح أيضاً سواء كان المشترى عالماً بأن المبيع أو الثمن مغصوب أم جاهلا . هذا إذا كان الشراء بنقد أما لو اشترى شيئاً بنفس العين المغصوبة وهى غير نقد أو بثمنها وهو غير نقد فإن البيع باطل فلا تملك تلك العين المغصوبة ولا يملك ثمنها .

﴿ و ﴾ ﴿ منها ﴾ ﴿ بيع الشىء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء ﴾ فيحرم

وإن لم ينطقا بذلك بل كانا مضمرين له ، ويجوز بيع الشيء بأكثر من سعر يومه معجلا ، وكذا نساء إذا عزم أن لايبيعه إلا بذلك معجلا أو مؤجلا ، وكذا إن لم يعزم وكانت الزيادة مقدار ما يقع به التغابن فإن كانت أكثر حرم ، ولا يصح بل يكون باطلا ، لأن الزيادة لم تقابلها إلا المهملة فكان ربى . ويجوز بيع الجملة بسعر تفريقها إذا كان التفاوت بين بيعها مفرقة وجملة يسيراً وهو مقدار مايتغابن الناس بمثله، فإن كان أكثر فلا يجوز ويكون باطلا .

﴿ و ﴾ منها أنه يحرم ولا يصح لمن اشترى شيئاً أن يبيعه ﴿ بأقل مما شراه ﴾ حيلة إذا كان ثمن الشراء نساء وهذه تسمى مسئلة العينة نحو أن يريد أن يقرضه شيئاً بزيادة كعشرة بخمسة عشر فتوصلا إلى ذلك بأن يبيع منه سلعة بخمسة عشر نساء أو نقداً مع قصد الحيلة ثم يشترى منه بعشرة نقداً فإن ذلك لايصح بل يكون باطلا لأنه توصل إلى الربا ﴿ إلا ﴾ فى أربع صور فيصح : ﴿ الأولى ﴾ أن يبيعه ﴿ من غير البائع ﴾ فإنه يجوز أن يبيع من غيره بأقل مما شراه إلا أن يقصد الحيلة كأن يكون الغير وكيل البائع أو عبده أو شريكا أو مضاربا فإنه لا يجوز ﴿ الصورة الثانية ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ يبيعه ﴿ منه ﴾ أى من البائع ويكون ذلك ﴿ غير حيلة ﴾ يتوصل بها إلى قرض ونساء ، فإن لم يكن على وجه الحيلة جاز ذلك أما إذا كان البيع منه للحيلة فلا يجوز ﴿ الصورة الثالثة ﴾ ﴿ أو ﴾ يبيعه ﴿ بغير جنس الثمن الأول ﴾ ولو كان أقل منه فى تقدير قيمته إذا لم يقصد بذلك الحيلة فإنه يجوز ولو اشتراه بدنانير وباعه بدراهم إذ هما جنسان . فأما لو قصد الحيلة فإن ذلك لايجوز على أى وجه ﴿ الصورة الرابعة ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ يكون النقص من الثمن ﴿ بقدر ما انتقص من عينه ﴾ أى من عين المبيع . أما إذا كان النقص لنقص سعره فلا يجوز ﴿ أو ﴾ يكون النقص بقدر ما انتقص من ﴿ فوائده الأصلية ﴾ المتصلة به حال العقد فإنه يجوز بيعه من البائع مع ذلك النقص نحو أن يشترى شاة

بعشرة دراهم ثم يستغرق من صوفها بدرهمين فيجوز حينئذ بيعها إلى البائع بثمانية دراهم حيث قد استغرق من فوائدها الأصلية ، لا لو كانت من الفوائد الفرعية كأجرة الدار ونحوها فلا يجوز بيع الدار من البائع مع حط الأجرة .

﴿ مسئلة[1] فى بيع الرجاء ﴾ الذى استعمله أهل زماننا حيلة فى تحليل الربا والأقرب أنه على ضربين : ﴿ الأول ﴾ أن يقول بعت منك بيع رجاء إلى أن آتيك بحقك أو لم يلفظ بذلك بل هو عرف ظاهر لهم — إن البائع متى رد على المشترى مثل ما أعطاه استرجع المبيع سواء رضى المشترى أم كره ولا يراعون فى ذلك فسخاً ولا إقالة فهـذا باطل على المذهب لأنه ربى فلا يطيب للمشترى شىء من ثمار المبيع ولا من منافعه قط ولو أباحها له البائع أو وهبها له أو نذر بها عليه لأن ذلك حيلة فى الربا فلا حكم له ، ويلزمه أجرة المبيع إذا استعمله، ولو ضمن له البائع ما تبع فى ذلك فلا حكم لضمانه فإذا تلف المبيع فى يد المشترى ضمن كما فى البيع الباطل .

﴿ الضرب الثانى ﴾ هو حيث تكمل شروط صحة البيع فى الظاهر . وينقسم إلى قسمين : « الأول » أن يكون قصد المشترى إنما هو التملك للمبيع لا التوصل بعقد البيع إلى طلب الغلة فقط فهذا البيع صحيح بكل حال. وسواء كان الثمن قليلا أم كثيراً لأن هذا ليس من عقود الربا « القسم الثانى » حيث يقصد بذلك التوصل إلى طلب الغلة فهذا البيع حرام باطل لأن المضمر فى عقود الربا كالمظهر عندنا فلا يصح هذا البيع ولا أى حيلة فى ذلك .

﴿٢٠٧﴾ باب الخيارات

﴿ هى ﴾ أى الخيارات تثبت ﴿ لثلاثة عشر سببا ﴾ ﴿ الأول ﴾ ﴿ لتعذر ﴾ أى لعذر مانع عن ﴿ تسليم المبيع ﴾ نحو أن يبيع شيئا وتسليمه متعذر لمانع عند العقد

(١) عن البيان وهامشه اه .

أو بعـده قبل القبض كالمغصوب إذا بيع وتعـذر تسليمه فإنه يثبت الخيار ، وكذا ما أمكن تسليمه مع تضرر كبيع حجر من جدار أو فص من خاتم فإنه يثبت الخيار فيه إذا عرف أنه لا يمكن تسليمه إلا بتضرر كما لو تعذر التسليم لمانع . ﴿ و ﴾ هـذا الخيار ﴿ هو لهما ﴾ أى يثبت للبائع والمشترى ﴿ فى مجهول الأمد ﴾ كالمغصوب والضال والمسروق لأنهما يجهلان متى يكون الرجوع فيثبت لهما الخيار معاً ولو علما من بعد ما لم يرجع ومن رضى منهم قبل الإمكان لم يبطل خياره ولو أبطله مادام السبب المانع عن التسليم موجوداً ، وسواء قبض الثمن أم لا وبعد الإمكان قبل الفسخ لا خيار لأيهما .

﴿ و ﴾ يثبت الخيار ﴿ للمشترى ﴾ فقط ﴿ الجاهل ﴾ لذلك التعذر ﴿ فى معلومه ﴾ أى فى معلوم أمده كالمؤجر إلى مدة معلومة حيث لا تنفسخ الإجارة فإذا كان المشترى جاهلا لذلك فله الخيار وإذا كان عالما فلا خيار له . أما البائع فلا خيار له ولو جهل الإجارة أو مدتها كما لو باع شيئا يجهل أنه ملكه صح البيع ولا خيار له . أما بيع المرهون فإن كان البيع بغير إذن المرتهن كان موقوفا ولكل فسخه لكونه موقوفا لا لتعذر التسليم فليس لهما الفسخ وإن كان بإذن المرتهن فقد انفسخ الرهن .

﴿ و ﴾ ﴿ السبب الثانى ﴾ يثبت الخيار للمشترى ﴿ لفقد صفة ﴾ فى المبيع سواء ذكرت بغير حرف شرط أو ﴿ مشروطة ﴾ به كالبكارة والحمل ، وكذا ماتقدم فى الصبر على ذلك التفصيل ، ونحو أن يشترى بقرة على أنها لبون فيجدها لا لبن فيهـا فإن له الفسخ لفقد الصفة إذا ذكرت حال العقد لا قبله إلا أن يجرى عرف بأن المشروط قبل العقد كالمشروط حاله ثبت له الخيار .

﴿ فرع ﴾ ويعتبر استمرار الصفة المشروطة من وقت العقـد إلى وقت القبض فإن فقدت قبل القبض ثبت له الخيار ، فلو اشترى بقرة على أنها حامل ولم يقبضها إلا وقد ذهب حملها كان له الفسخ ، وكذا لو كانت وقت العقد غير حامل ثم قبضها وهى

حامل كان له الفسخ أيضاً ، وهذا بخلاف خيار العيب .

﴿ و ﴾ ﴿ السبب الثالث ﴾ يثبت الخيار ﴿ للغرر ﴾ فى شيئين: « الأول » قوله ﴿ كالمصرّاة ﴾ فإن من صرّ شاة أو تصرّت بنفسها حتى اجتمع اللبن فيها ، ثم اشتراها مشتر فنقص لبنها عن أول حلبة فى أثناء ثلاثة أيام فإنه يثبت للمشترى الخيار لأجل الغرر ولو علم بالتصرية لأن الضرر حاصل لاختلاف التصرية ، وسواء قال على أنها ليست مصرّاة أم سكت . وحلبها فى الثلاثة الأيام ليس برضاء . أما لو نقص لبنها بعد الثلاث فهو عيب حادث عند المشترى فلو أنكر البائع نقص اللبن كان القول قوله والبينة على المشترى فإن قال البائع مانقص اللبن إلا لقلة العلف كان مدعياً عليه البينة لأنه أقر بالنقص وادعى السبب من المشترى . وإذا ثبت الرد بالتصرية فيجب رد اللبن إن كان باقياً فإن تلف فمثله، فإن عدم المثل فى البريد فقيمته يوم الرد ، وسواء كان الرد بالتراضى أم بالحكم .

﴿ واعلم ﴾ أن الرد بالتصرية عام فى جميع الحيوانات من مأكول وغيره كالأتان ونحوها ، ويجب رد العين من لبنها لا عوضه ، وكذا ترد الجارية بالتصرية لأنه قد يقصد اللبن لتكون ظئراً .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ يثبت الغرر فى بيع ﴿صبرة﴾ جزافاً ﴿ علم قدرها البائع فقط ﴾ وجهل المشترى قدرها وجهل علم البائع بقدرها وحينئذ يكون له الخيار ، أما حيث يكون العالم المشترى دون البائع فلا خيار لأيهما ، وكذا لو علم المشترى بعلم البائع فلا خيار لهما أيضاً ، وكذلك لو كان الثمن صبرة نحو ملء الكف من الدراهم وعلم قدرها المشترى فقط دون البائع ثبت للبائع الخيار فلو علما معاً أو البائع فلا خيار لهما .

﴿ هـ ﴾ ﴿ الرابع والخامس ﴾ الخيار ﴿ للخيانة ﴾ الواقعة من البائع ﴿ فى المرابحة والتوليه ﴾[1] أيضا نحو أن يقول رأس مالى كذا وهو أقل فإنه إذا انكشف ذلك

(١) هى كالمرابحة إلا أنها بالثمن الأول فقط، كما يأتى أول فصل (٢٢٦)

المشترى ثبت له الخيار على ما سيأتى إن شاء الله تعالى . وأما الفوائد فتكون لمن استقر له الملك كخيار الشرط ، وكذا المؤن تكون كما فى خيار الشرط .

﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ أن يشترى شيئا لايعلم قدر ثمنه فيخيّر ﴿ لجهل ﴾ معرفة قدر ﴿ الثمن ﴾ كأن يقول المشترى زِنْ رطلاً أو يقول البائع بعت منك هذه الصبرة على ماقد بعت من الناس وقد باع على سعر واحد بثمن غير قيمى ولا يعلم المشترى كيف باع فيما مضى كان للمشترى خيار معرفة مقدار الثمن ، فلو اختلف فى قدرالثمن الذى باع به فى الماضى لم يقبل فيه شهادة المشترى الأول ولا البائع الأول لأنه يشهد بفعله . ومثال آخر نحو أن يشترى صبرة من مكيل أو موزون كل قدر منه بكذا ولم يعلم كمية الصبرة فى الحال ، ولما كالها عرفها وعرف مقدار الثمن كان له الخيار بعد الكيل وقبله .

﴿ والسابع ﴾ من أسباب الخيارات قوله ﴿أو﴾ جهل المشترى مقدار ﴿المبيع﴾ كأن يقول زن بدينار أو يقول البائع بعت منك بمائة درهم من هذه الصبرة على ما قد بعت وقد باع على سعر واحد بثمن غير قيمى فها هنا المبيع لم يعلم كميته ، ولكنه يصح حيث لم تنقص الصبرة عن قدر ما قد باع ويثبت للمشترى خيار معرفة كمية المبيع فلو لم يكن قد باع أو باع بقيمى أو بأسعار مختلفة ولم يعيّن أحدها ولا غالب فيها ينصرف إليه أو قال على ما أبيع فى المستقبل فسد البيع ، وهكذا فى المثال الأول فى خيار معرفة الثمن .

﴿ والثامن ﴾ من أسباب الخيارات قوله ﴿ أو ﴾ اشترى شيئا غير معين فإن له خيار ﴿ تعيينه ﴾ مثاله : أنه لو اشترى ثوبين أو ثياباً كلَ ثوب بكذا على أنه بالخيار يرد ماشاء ويأخذ ماشاء كان له الخيار يأخذ أيهما شاء وله أخذ الكل وليس له رد الكل ويثبت ذلك إذا شرط الخيار لأحدهما مدة معلومة ولا يصح أن يشرط الخيار لهما معًا لأنهما ربما يختلفان ، وكذا إذا اشترى ثوباً من ثياب مختلفة أو مستوية على

أن له الخيار فى تعيينه مدة معلومة صح البيع وله خيار تعيينه وليس له الفسخ فى الصورتين لأنه خيار تعيين ، ومن ذلك لو قال بعت منك هـذا بكذا وهذا بكذا ولك الخيار مدة معلومة فى أخذ أيهما شئت صح البيع ، وله الخيار فى أخذ أيهما شاء فلو اشترى فرسين على أن يختار أحدهما فى مدة معلومة ثم مات أحدهما قبل تمام المدة ثبت له الخيار فى الحى مهما كانا فى مدة الخيار بيد البائع ، أما لو كانا بيد المشترى تعين الميت ملكه ولا خيار له فى الحى .

﴿ و ﴾ ﴿ اعلم ﴾ أن ﴿ هذه ﴾ الخيارات الثمانية تـكون ﴿ على التراخى ﴾ لا على الفور بمعنى أنه إذا علم بفقد الصفة مثلاً ولم يفسخ فهو بالخيار حتى يصدر منه رضاء بالقول أوما يجرى مجراه ، وكذا فى خيار تعذر التسليم إلا أنه لو رضى كان له الرجوع. وأيضا ان هـذه الخيارات الثمانية ﴿ تورث ﴾ فإذا مات مَن له الخيار أو ارتد ولحق فيكون الخيار لوارثه وإذا كان الورثة صغاراً تولاها ولى مالهم ، أما إذا جُنَّ مَن له الخيار ناب عنه وليه .

وقوله ﴿ غالبا ﴾ يحترز من خيار تعيين المبيع حيث تناول العقد كل الشيء على أن يأخذ ماشاء ويرد ماشاء فإنه إذا مات من له الخيار فلا يورث عنه الخيار ، بل يستقر المبيع للوارث . قال فى البحر ومثله فى البيان : « إن الخيارات ما كان منها من باب النقص فعلى التراخى ويورث ، وما كان منها من باب التروّى والرأى فعلى الفور ولا يورث » .

﴿ فرع ﴾ وكل من هذه الخيارات يصح إسقاطه بعد وجود سببه لا قبله إلا ما كان سببه ممتداً لم يصح إسقاطه كخيار تعذر التسليم وخيار التعيين إذا كان الشراء لغير معين .

﴿ ويكلف ﴾ المشترى ﴿ التعيين ﴾ للمبيع ﴿ بعـد المدة ﴾ فإن امتنع حبس حتى يعيّن وإلا عيّن الحاكم عنه . وهـذا حيث لا يتناول العقد كل الأشياء وإلا فقد نفذ

فى الجميع بخروج المدة ، فإن مات من له خيار يورث وقد مضت المدة كلف وارثه التعيين .

﴿ والحاصل فى الخيارات ﴾ « منها » ما فسخه على الفور « ومنها » ما هو على التراخى « ومنها » مايورث ، « ومنهـا » ما لا يورث « ومنها » مايجب رد الفوائد فيه» «ومنها» ما لا يجب .. فالذى فسخه على الفور ولا يورث خيار الرؤية ، والشرط، «وعكسهما» وهو مافسخه على التراخى ويورث خيار العيب ، وفقد الصفة، والتعيين. وجهل قدر المبيع ، والثمن . وصبرة علم قدرها البائع ، وتعذر التسليم ، والخيانة فى المرابحة والتولية . . «والذى على التراخى ولا يورث » خيار الغبن والعقد الموقوف . . « وأما رد الفوائد » ففى الشرط يجب رد الفوائد الأصلية والفرعية ولو بغير حكم . وكذا فقد الصفة والخيانة وخيار العيب والرؤية وفساد العقد فترد الفوائد الأصلية لا الفرعية بالحكم لا بالتراضى.

﴿ و ﴾ ﴿ التاسع ﴾ من أسباب الخيارات أنه يثبت ﴿ لغبن صبى ﴾ مميز باع عن نفسه بإذن وليه ﴿ أو ﴾ لغبن ﴿متصرف عن الغير﴾ كوكيل أو شريك أو ولى اشترى أو باع وغبن غبناً ﴿ فاحشاً ﴾ حال العقد ولو كان الغير حاضراً فإنه يثبت الخيار ما لم يكن الوكيل مفوضاً وكان الغبن الفاحش لمصلحة أو كان ممـا يتغابن الناس بمثله فلا خيار . وهـذا فى التحقيق يرجع إلى خيار الإجازة حيث يمكن كالصبى بعـد بلوغه والموكل فينفذ العقد بها . وأما حيث لا يمكن الإجازة كتولى المسجد والوقف وبيت المال إذا غبن فلا يصح تصرفه . ويعتبر فى إجازة ولى الصغير ونحوه أن تكون لمصلحة فإن لم تـكن لمصلحة فمع العلم ينعزل . . والغبن الفاحش هو ما زاد على نصف عشر القيمة فلا بد من معرفة القيمة قبل ثبوت الخيار فإن اختلف المقومون أخذ بالوسط من الثلاثة وبالأقل من التقويمين وفى الأربعة بالأقل من المتوسطين وهذا إذا كان التقويم بأمر الحاكم ولم يذكر المغبون قدره أو ذكر قدره ولم يأت المقومون بلفظة الشهادة

فهو مجرد تقويم وإلا فالعبرة بما طابق دعوى المغبون .

﴿مسئلة﴾ فلو زاد المشترى على الثمن إلى تمام القيمة أو نقص البائع إلى قدر القيمة كان الخيار باقياً إذ العبرة بحال العقد. أما المالك الرشد إذا باع أو اشترى لنفسه بغبن فاحش فلا خيار له ولو لم يكن من أهل البصر والمعرفة .

﴿ و ﴾ ﴿ العاشر ﴾ من أسباب الخيارات أنه يثبت فى العقد ﴿ بكونه موقوفا ﴾ فإذا باع الفضولى مال الغير أو اشترى له كان للفضولى الخيار وللغير أيضا الخيار فى الإجازة وعدمها. وهذان الخياران أعنى خيار المراينة وخيار الإجازة ﴿هما على التراخى﴾ لا الفور فلو علم ولى الصبى بغبن فسكت كان على خياره ولو طالت المدة حتى يجيز أو يرد وهكذا المالك إذا علم بعقد الفضولى وسكت فهو باق على خياره ﴿ و ﴾ كذا ﴿ لايورثان﴾[1] فإذا مات ولى الصبى الذى غبن غبنا فاحشا بطل العقد بالموت وسواء كان العاقد الصبى أو الولى وكذا لو مات الصبى قبل الإجازة بطل العقد أيضاً .

﴿ و ﴾ ﴿ الحادى عشر ﴾ الخيار ﴿ للرؤية ﴾ . ﴿ و ﴾ ﴿ الثانى عشر ﴾ خيار ﴿ الشرط ﴾ . ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث عشر ﴾ خيار ﴿ العيب ﴾ قال الإمام عليه السلام : وقد أفردنا لكل من هذه الثلاثة فصلا لكثرة مسائلها فبدأنا بخيار الرؤية .

﴿٢٠٨﴾ ﴿ فصل ﴾

فى خيار الرؤية

قال الإمام عليه السلام : ﴿ فمن اشترى ﴾ أو أجاز شيئا ﴿ غائبا ﴾ لم يكن قد رآه رؤية مثله أو كان حاضراً أو رآه رؤية غير مميزة وقد ﴿ ذكر جنسه ﴾ وقدره ﴿صح﴾ البيع مع تكامل شروطه وله الخيار على ما سيأتى . وقوله ذكر جنسه المراد

---

(١) قيل وأى حق للولى حتى ينتقل الخيار إلى ورثته اه .

إذا كان مثلياً لا يختلف بتفاوت التسمية باختلاف نوعه وصفته فيكفي فيه ذكر الجنس وإلا لم يصح إلا بتعيين الجنس والصفة التى يتعين بها. والمراد إذا كان قيمياً وميز فى لفظ البيع، أو هذا مطلق مقيد بما تقدم فى قوله ومجهول الثمن مخيراً فيه.

أما إذا باع مالم يره صح أيضاً ولا خيار للبائع للرؤية عندنا وله الخيار للغرر وذلك فى ثلاث صور :

﴿الأولى﴾ أن يقع من المشترى أو من غيره بعنايته تدليس بأن المبيع دون ما هو عليه من النفاسة فى القدر أو فى القيمة أو أنه غير مرغوب إليه فى الشراء أو غير مرغوب فيه بالانتفاع نحو أن يقول له إن الأرض المبيعة فى موضع ناء أو مخوف أو لا تسقى من سيل أو نحو ذلك بحيث لولا التغرير لما باعها فإن هـذا مما يثبت به الخيار ولو باعها بالثمن الوافى فله الخيار ويورث عنه . وكذا لو دلّس عليه المشترى أو غيره بعنايته بجلالة ثمن المبيع الذى دفعه كأن يقال له هـذا الثمن كذا قدراً أو صفة وهو على خلاف ذلك . فلو كان التدليس من البائع على المشترى بحقارة الثمن أو غلاء الثمن أو نحو ذلك ثبت له الخيار كما يثبت للبائع .

﴿الصورة الثانية﴾ حيث تلقى الركبان أو اشترى منهم فمن غبن منهم كان له الخيار.

﴿الصورة الثالثة﴾ فى صبرة من الثمن علم قدرها المشترى فقط وهذه الثلاث الصور راجعة إلى الغرر إذ الغلبة فيها له .

﴿و﴾ إذا اشترى شيئا غائبا أو حاضراً كما تقدم كان ﴿له رده﴾ بخيار الرؤية سواء وجده على الصفة المذكورة أم أدنى أم أعلى فيثبت له الرد من بعد الشراء إلى ﴿عقيب رؤية﴾ فيتضيق الرد عقيبها على الفور كما فى الشفعة، فلو تراخى عن الفسخ عقيبها بطل الخيار إذا علم أن التراخى يبطل والقول قوله فى الجهل وله الرد قبل الرؤية على التراخى ويثبت الخيار له أيضا فيما عين وفيما يثبت فى الذمة كعوض الخلع ويرجع إلى القيمة يوم العقد . ويثبت الخيار أيضا فى المسلم فيه . وأما رأس مال السلم والصرف وسائر

الأثمان إذا كانت من النقدين فلا خيار رؤية فيهـا إلا فيما كان معيبا منها فله خيار العيب . وحيث يثبت له الخيار فلا بد أن يكون الفسخ في وجه البائع إن كان حاضراً أو يعلمه بكتاب أو رسول إذا كان غائبا وهذا لازم في جميع الفسوخات. ويثبت للبائع حق طلب المشترى لرؤية المبيع ليبطل الحق الثابت عليه للمشترى . ولا بد أن تكون الرؤية التي ينقطع الخيار عندها ﴿ مميزة ﴾ فلو رآه رؤية غـير مميزة نحو أن يراه في المرآة أو في الماء أو رآه وهو سكران لم يبطل خياره وكذا لو رآه في الليل أو من خلف زجاجة لم يبطل خياره إذا لم يتحققه . أما لو كان لايميز المرئى إلا بالزجاجة على عينيه لم يبطل خياره إلا إذا كانت الرؤية بها . وإذا كانت السن مقصودة في الحيوان، وغير ذلك في غـيره كسفينة وسيارة ونحوهما فله الخيار حتى يعرفه ذو معرفة . ومن حق الرؤية أن تـكون ﴿ بتأمل ﴾ فلو رآه من دون تأمل لم يبطل خياره، ورؤية التأمل غير الرؤية المميزة لأن رؤية التأمل هي الرؤية التي يعرف بها الشيء فيفهم بها جودته ورداءته وغلاؤه ورخصه.

ولا بد أن تكون تلك الرؤية ﴿ شاملة لجميع غير المثلى ﴾ المستوى وغيره وهو المثلى المختلف والقيمى، فالمثلى المستوى نحو أن يرى بعض الطعام من المكيلات ولو من غير المبيع أو بعض السمن من الموزونات ونحو ذلك إن كان المبيع مستويا فلو كان المثلى مختلفا لم تـكف رؤية بعضه دون بعض وكذلك القيمى المختلف فلو رآى بعض المنازل من الدار أو على البناء دون أسفله أو العكس أو رآى المنازل دون السطوح أو رآى البهيمة ولم ينظر سنها إذا كان مقصوداً فلا يبطل خياره ، وكذا لو رآى ظاهر السفينة أو السيارة أو المنزل أو الرحى أو الساعة المعروفة أو الطنافس أو الزرابي أو نحو ذلك لم يبطل خياره لأنه لا بد من رؤية باطن ذلك وظاهره ﴿ إلا ما يعفى ﴾ عن رؤيته في العادة نحو أن يغيب عنه اليسير من المبيع كأساس البناء وداخل الحش وكذا ما قد أخذته الأملاح من الجدار فلا خيار له إذا لم ير ذلك إلا أن يجد عيباً فله خيار العيب

وكذلك البئر إذا دخلت تبعاً للمبيع ولم يرها فلا خيار له لأنها غير مقصودة فى السمة إلا إذا اشتريت مستقلة، وهذا بخلاف المدفن إذا كان فى الدار ودخل تبعاً فلا بد من رؤيته مثل سائر المنازل لأنه يكون مقصوداً فى السمة .

﴿ مسئلة ﴾ ورؤية البندق تكون لباطنها بالرمى ولظاهرها بالرؤية فلو تشققت بالرمى فإن كان الرمى[1] به من البائع فلا شىء على الرامى وله أن يأخذها أو يردها ولا أرش له ولا عليه . وإن كان من المشترى فيخير إن شاء أخذها وأرش القديم وإن شاء ردها وأرش الحديث .

﴿ ويبطل ﴾ خيار الرؤية بأحد أمور عشرة :

﴿ الأمر الأول ﴾ يبطل ﴿ بالموت ﴾ أى فإذا مات المشترى ولو كان وكيلا لم يضف بطل خيار الرؤية فى حقه ولزم المبيع لورثته وكذا لو ارتد ولحق ، وينتقل الخيار إلى ولى من جن وإلى صبى بلغ . أما لو مات البائع فلا يبطل الخيار على المشترى .

﴿ الأمر الثانى ﴾ ﴿ الإبطال بعد العقد ﴾ فإذا أبطل المشترى أو الفضولى وأجاز المشترى إبطال خيار الرؤية بعد العقد بطل الخيار ولا يحتاج فى إبطاله إلى حكم حاكم ولا إلى تراض لضعفه لأن العقد غير منبرم ، وقول الإمام بعد العقد : لأنه لو أبطل قبل العقد أو حاله أو التبس لم يبطل لأنه لم يحصل سببه ، وأما لو شرط البائع إبطاله حال العقد فيفسد لأنه رفع موجبه بخلاف ما لو شرط المشترى إبطاله فلا يفسد العقد .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الثالث ﴾ أن يتصرف المشترى فى المبيع بعد الشراء ﴿ بأ ﴾ ى وجوه ا ﴿ لتصرف ﴾ ولو على وجه فاسد فيبطل الخيار نحو أن يبيعه قبل القبض أو يرهنه أو يؤجره أو يعيره أو يهبه وكذا لو أنكحه أو نذر به أو شفع به أو شفع فيه وسلم لا بحكم . وفائدته أنه لو رده الشفيع على المشترى برؤية أو بعيب فله أن يرده

---

(١) وهو المعبر فى العرف اه .

على البائع إذا سلمه بالحكم وهذا فى غير المشترك فأما لمشترك فلا يبطل خيار الرؤية بتصرف أحد الشركاء ، وكذا لو باع بعضه بطل الخيار لا لو باعه بإيجاب ولم يحصل القبول فلا يبطل فلو باعه بخيار بطل خيار الرؤية ولو عاد إليه بما هو نقض للعقد من أصله .

﴿ وضابطه ﴾ كل تصرف ﴿غير الاستعمال﴾ يبطل الخيار ، والفرق بين التصرف والاستعمال أن الاستعمال قد يجوز فى ملك الغير مع ظن الرضا ، وأما التصرف فلا يكون إلا فى الملك فلذلك كان قرينة الرضا بخلاف الاستعمال فليس بقرينة، ولذا فلا يبطل به الخيار ولو كثر ، والاستعمال نحو أن يركب الدابة قبل رؤيتها أو يلبس الثوب أو يزرع الأرض ولو بالحرث قبل الرؤية فلا يبطل بذلك الخيار . فلو اختلفا فى الاستعمال كان القول للبائع فى البناء ونحوه أنه رضى وللمشترى فى لبس الثوب ونحوه أنه للتعريف .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الرابع ﴾ من الأمور المبطلة لخيار الرؤية هو ﴿ التعييب ﴾ الحادث فى المبيع قبل رؤيته فإنه يبطل خيار الرؤية إذا حدث بعد القبض ولو بسبب من البائع أو حدث قبل القبض بفعل المشترى .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الخامس ﴾ هو ﴿ نقص ﴾ الحاصل فى المبيع ﴿ عما شمله العقد ﴾ فلو نقص من المبيع بعد قبضه قبل رؤيته شىء مما شمله العقد ولو بأمر غالب أو ما يتسامح بمثله بطل الخيار نحو أن يشترى البقرة وفيها لبن أو الشاة وعليها صوف ثم ذهب اللبن[١] أو الصوف بطل الخيار ، وكذا لو اشترى الشجرة وعليها ثمر وشرط دخوله فى المبيع أو جرى عرف بدخوله ثم ذهب الثمر قبل الرؤية بطل الخيار ، وكذا لو هزل المبيع قبل الرؤية بطل الخيار ولو عاد إلى ما كان عليه . فلو كان النقص نقصان سعر

---

(١) إذا حلبها للتصرف لا لو كان للتعرف فلا يبطل كما يأتى فى الأمر الثالث أثناء فصل ٢٠٩ ١٥ هـ

فلا يبطل به الخيار، وكذا الفوائد إذا لم تكن ثابتة حال العقد بل حدثت بعد العقد ثم استهلكت قبل الرؤية ولو بفعل المشترى لم يبطل الخيار . وقول الإمام عليه السلام ﴿ غالبا ﴾ يحترز من المصراة إذا استهلك لبنها الذى شمله العقد فعلى المذهب عنده أنه لا يبطل خيار الرؤية . والصحيح للمذهب أن ذلك النقص يبطل به خيار الرؤية ويثبت له الرد بخيار الغرر ، ولهذا كان الصواب أن يقول « مطلقاً » لا « غالباً » .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر السادس ﴾ ﴿ جسّ ما يجس ﴾ مع علمه أن ذلك هو المبيع فلو اشترى الكبش للّحم وجسّه أو البقرة للبن وجس ضرعها فإن الجس يقوم مقام الرؤية فى ذلك، فمتى جسه بطل خياره . فلو رأى ذلك ولم يجسه فهو على خياره . أما مايشترى للقنية فلا يشترط جسه بل تكفى رؤيته ، ومثل الجس طعم مايطعم وشم مايشم ولمس ما يلمس فإذا حصل شىء من ذلك ولم يفسخ بطل خياره مع علمه بأن ذلك هو المبيع وأن له الخيار وأن الفسخ يكون على الفور وإلا فلا يبطل خياره .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر السابع ﴾ إذا رأى المبيع بعد العقد مع علمه أنه المبيع وأن السكوت مبطل وأن الفسخ على الفور ، فسكت ولم يفسخ نفذ البيع وبطل الخيار ﴿ بسكوته عقيبها ﴾ ولو سكت ليتأمله بعد أن رآه رؤية كاملة فإنه يبطل خياره ، وكذا لو كرهه بقلبه ولم يلفظ بالفسخ فلو رضيه بقلبه عند الرؤية وفسخ عقيبها لم يبطل خياره .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الثامن ﴾ أن يوكل على الشراء فيبطل الخيار ﴿ برؤية من الوكيل ﴾ لأن رؤيته رؤية للموكل فلو رآه ثم فسخه الموكل بخيار الرؤية لم ينفسخ ، وكذا لو أبطل الموكل خيار الرؤية لم يبطل فى حق وكيل الشراء لا وكيل القبض لأن وكيل الشراء تتعلق به حقوق العقد فيكون الفسخ بخيار الرؤية وإبطاله إليه إذا لم يضف فإن أضاف تعلقت الحقوق بالموكل . وأما وكيل القبض ووكيل الرؤية

فإنه يبطل خيار الرؤية برؤيتهما إذا لم يفسخ الموكل عقيب رؤيتهما لأنه ليس لهما أن يفسخا بخيار الرؤية إلا أن يوكلا به ﴿ لا الرسول ﴾ فلا تكون رؤيته رؤية للمرسل. والرسول هو الذى يقول له المشترى قل للبائع يأمر لى بالمبيع معك أو مع غيرك والوكيل هو الذى يقول له المشترى اقبض المبيع من فلان أو خذه من فلان .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر التاسع ﴾ أن تكون الرؤية ﴿ لبعض ﴾ من المبيع كأنموذجه أى « عَيِّنَتُه » ولو من غيره إذا كان ذلك البعض ﴿ يدل على الباقى ﴾ ويحصل به معرفة جميعه نحو بعض الطعام وبعض الثياب المستوية فى النسيج والجنس والصفة والصبغ أو ظاهرها الذى يعرف به خشونتها ولينها ورقتها فإن رؤيته فى البعض المستوى بمنزلة رؤيته للجميع فيبطل خياره ولو لم يدخل الذى رآه فى المبيع إذ قد حصلت رؤية بعضه وإن كان لايدل على الباقى بأن يكون المبيع مختلفاً لم يبطل الخيار برؤية البعض كقطعتى أرض أو بعض شبكة للصيد أو للعلف ، وكذا الحيوان إذا كان للحمل فلا بد من رؤية جميعه إذا كان المشترى ممن يعرف ذلك وإلا فهو على خياره إلى أن يعرفه ذو معرفة . وأما الأمة فلا بد من رؤية جميعها ماعدا العورة ، وكذا العبد ، وأما الكتاب فإن كانت أوراقه مختلفة أو خطوطه مختلفة فلا بد من رؤية جميعها وإن كانت مستوية وكان الخط فيها مستوياً فتكفى رؤية البعض .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر العاشر ﴾ أن يكون من له الرؤية قد رأى المبيع رؤية ﴿ متقدمة ﴾ ولو بعدت عن الشراء أو جس مايجس أو نحو ذلك فتكفى تلك الرؤية أو نحوها ويبطل خياره إذا كانت ﴿ فيما لايتغير ﴾ عادة فى مثل تلك المدة كالأرض والدار. فأما لو كان المبيع مما يجوز تغيره فى تلك المدة ولو لم يتغير فلا تكفى الرؤية المتقدمة ، وذلك كاللحم واللبن ونحوهما فهما يحتمل التغير فلاتكفى فى إبطال الخيار ومهما لم يحتمل التغير كفت الرؤية المتقدمة ممن له الرؤية من وكيل أوأصيل. فلو رآه الوكيل كفى ، وأما لو رآه الأصيل ولم يره الوكيل فلا تكفى لأن الرؤية للوكيل حيث لم

يضف لتعلق الحقوق به فإن أضاف الشراء إلى موكله كفت رؤية الأصيل المتقدمة وأما لو رآه الوكيل قبل التوكيل فلا تكفى إلا حيث لم يضف .

﴿ و ﴾ إذا كان للمشترى فسخ المبيع لخيار الرؤية جاز ﴿ له الفسخ قبلها ﴾ وإن لم يره سواء بلغه أنه موافق للصفة أو زائد عليها ولكن إذا كان البائع حاضراً كان الفسخ فى وجهه ولو لم يرض وإن كان غائباً أعلمه بكتاب أو رسول ، وهذا عام فى جميع الفسوخات ماعدا الموقوف فلا يعتبر فيه ذلك ، وأما رد المبيع بخيار الرؤية فلا يرجع المشترى بما أنفق عليه كما فى خيار العيب فلو تلف المبيع بعد الفسخ وقبل أن يرده إلى البائع تلف من مال المشترى ولو بعد الحكم .

﴿ و ﴾ إذا قبض المشترى المبيع ولم يره ثم حصلت منه فوائد ثم رآه ففسخه بالرؤية استحق ﴿ فرعية ﴾ فوائد ﴿ ماقبض ﴾ ولا يلزمه ردها ﴿ وإن رد ﴾ المبيع ، وسواء رده بالحكم أو بالتراضى ، وسواء حصلت قبل القبض أم بعده، والمراد بالفرعية هاهنا الكسب والأجرة حيث اشتراه وهو مؤجر ولم تنفسخ الإجارة أو غصب عليه فلزمت الأجرة. وضابط الفرعية أنها ماليس لها جرم كالسكنى ونحوها ولو تولد منها ماله جرم كالأجرة ، وأما الفوائد الأصلية وهى مالها جرم كالصوف واللبن والولد والثمر فحكمها فى يده أمانة فإنه يلزمه ردها إذا فسخ وتصير فى يده أمانة لايضمنها إذا تلفت بدون جناية منه ولا تفريط. ولا يرجع بما أنفق على المبيع وفوائده الأصلية إلا إذا نوى الرجوع ولكن له الرجوع بما أنفق عليها إذا نوى الرجوع وإذا تلفت بدون جناية منه فلا يضمنها .

﴿ فائدة ﴾ الفوائد الأصلية والفرعية فى خيار الشرط يجب ردها مطلقاً ولو بغير حكم. وفى العيب وفساد العقد ترد الأصلية لا الفرعية مع الحكم لا مع التراضى فلا يرد شيئاً مطلقاً . وأما فى الرؤية فتطيب الفرعية المشترى والأصلية ترد للبائع مع الفسخ بالحكم أو بالتراضى .

﴿ و ﴾ إذا اختلف البائع والمشترى هل رأى المبيع رؤية مميزة أم لا كان ﴿ القول له ﴾ أى للمشترى ﴿ فى نفى ﴾ الرؤية ﴿ المميزة ﴾ وكذا فى نفى الجس المميز ونحوه . ﴿ و ﴾ إن اختلفا هل فسخ حين رأى أم لم يفسخ فالقول ﴿ للبائع فى نفى ﴾ وقوع ﴿ الفسخ ﴾ من جهة المشترى لأن الأصل عدمه وصواب العبارة « وللنافى منهما الفسخ » .

﴿٢٠٩﴾ ﴿ فصل ﴾

فى خيار الشرط

﴿ و ﴾ اعلم أن خيار الشرط ﴿ يصح ﴾ فى جميع المبيع أو فى بعضه إذا تميزت الأثمان فى المختلف، كأن يقول : بعت منك هذه الثياب كل ثوب بعشرة على أن ترد ما شئت فى عشرة أيام ولا يحتاج فى المستوى كل كذا بكذا .. ﴿ ولو ﴾ وقع ﴿ بعد العقد لا ﴾ لو وقع ﴿ قبله ﴾ أى قبل العقد فلا يصح إلا أن يجرى عرف بأن المشروط قبل البيع كالمشروط حاله فيصح كما لو وقع حاله. وإذا جعل ﴿ شرط الخيار ﴾ فلا بد أن تكون له ﴿ مدة معلومة ﴾ سواء طالت أم قصرت، فلو قال ولى الخيار لساعة فإن كان المقصود بها الوقت المقدر بستين دقيقة صح وإن كان المراد بها وقتاً غير مقدر لم يصح، فلو باع وقال لا خِلابة[1] فإن علما أن المعنى خيار ثلاثة أيام صح وإلا فلا خيار .

ويصح الخيار ﴿ لهما ﴾ معاً أى للبائع والمشترى ﴿ ولأحدهما أو ﴾ يجعل المشترى أو البائع الخيار ﴿ لأجنبى ﴾ ولا بد أن يكون معلوماً كزيد مثلا ﴿ فيتبعه ﴾ خيار ﴿ الجاعل ﴾ ويكون الخيار لهما معا. وفائدته أن من سبق من الجاعل أو المجعول له وهو زيد إلى فسخ أو إمضاء كان الحكم له .

---

(١) الخلابة — بكسر الخاء — : الخديعة باللسان اهـ

﴿ واعلم ﴾ أن البائع إذا جعل الخيار للمشترى أو العكس فلا يتبعه الخيار للجاعل وإن أوهم الأزهار خلاف هذا . وقوله ﴿ إلا لشرط ﴾ أى إلا أن يشرط الجاعل أن لا خيار لنفسه فيبطل خياره ويبقى الخيار للأجنبي فقط ، فلو أمر غيره أن يبيع شيئا مع شرط الخيار فإن الخيار يكون للوكيل ما لم يضف .

﴿ فرع ﴾ وأما لو وقع الخيار لمدة مجهولة أو لأجنبي مجهول فإن كان حال العقد فلا يصح العقد ولا الشرط وإن كان بعده صح العقد ولغى الشرط لأن الفساد طارئ .

﴿ واعلم ﴾ أنها تصح الزيادة بعد العقد فى الخيار والثمن والمبيع كما تقدم وسواء كانت فى المجلس أم بعده وسواء كان المبيع باقياً أم قد تلف أم قد خرج من ملكه فإذا باعه ثم عاد إليه بما هو ناقض للعقد من أصله فإنه يرده بخيار الشرط وفائدة الخيار بعد التلف التراجع ما بين القيمة والثمن .

﴿ ويبطل ﴾ خيار الشرط بأحد أمور سبعة :

﴿ الأول ﴾ ﴿ بموت صاحبه ﴾ فإن كان للبائع والمشترى معاً بطل خيار الميت وكان الحى على خياره وإن ماتا معا بطل خيارهما واستقر المبيع للمشترى .

﴿ فرع ﴾ وإذا كان المشترى شخصين والبائع شخصين والخيار لهما فمن مات بطل خياره والحى على خياره ولا يقال انه قد تم البيع من جهة الميت فيبطل خيار الحى كما إذا رضى أحدهما فإن الموت ليس برضاء حقيقة ولكن لتعذر الفسخ من جهته شبه بالرضى ، وإذا رد الحى وجب أن يرد ورثة الميت لئلا تتفرق الصفقة على البائع .

وقوله ﴿ مطلقا ﴾ أى سواء شرطه لنفسه أم لغيره فإنه يبطل الخيار بموته .

﴿ نعم ﴾ وإذا شرط الخيار للأجنبى فمات الشارط بطل خياره ﴿ فيتبعه ﴾ بطلان خيار ﴿ المجعول له ﴾ وهو الأجنبى فلا يبقى المجعول له على خياره سواء كان الخيار مقصوراً عليه أم لا وسواء كان وارثاً للشارط أم أجنبياً لأنه وكيل للجاعل والوكالة تبطل بالموت ؛ أما لو مات المجعول له وهو الأجنبى دون الجاعل لم يبطل الخيار

على الجاعل سواء قيل أن الأجنبي وكيل أم أصيل إلا إذا كان الجاعل قد أبطله أو شرط لا خيار له مع الأجنبي .

﴿ و ﴾ ﴿ الثاني ﴾ أنه إذا أمضى البيع من له الخيار مضى ﴿ بإمضائه ﴾ وبطل خياره سواء كان الممضى هو البائع أم المشترى أم الأجنبي ﴿ ولو ﴾ أمضى أحدهما البيع ﴿ في غيبة الآخر ﴾ عن المجلس صح الإمضاء سواء كان الممضى هو البائع في غيبة المشترى أم المشترى في غيبة البائع ﴿ وهو ﴾ أي الغائب باق ﴿ على خياره ﴾ إذا كان الخيار لهما . والإمضاء في هذين الحكمين ﴿ عكس الفسخ ﴾ أي بخلاف الفسخ « فالحكم الأول » إن الفسخ من أحدهما لا يتم من جهة الآخر حتى يعلم بأن يكون الفسخ في حضوره إذا كان حاضراً وإن كان غائباً لزم أن يرسل إليه أو يكتب إليه ولا يعتبر رضاؤه ، فلو تعذر حضور الآخر ناب عنه الحاكم ويكون الفسخ في محضره ، فإن لم يوجد حاكم فمن صلح ويشترط حضور الآخر سواء كان الفسخ بالقول أم بالفعل ، وذلك كأن يكون الخيار للبائع فيتصرف في المبيع . ﴿ نعم ﴾ فلو فسخ في غيبة الآخر ، فلا يتم الفسخ حتى يعلم الآخر ، فلو رجع قبل أن يعلمه فلا يصح رجوعه فلو تلف قبل علم البائع بالفسخ كان تلفه من مال المشترى إن كان الخيار له وإن كان لهما فمن مال البائع .

« والحكم الثاني » في الفسخ أنه إذا فسخ أحدهما لم يبق الآخر على خياره بل يبطل الخيار وينفسخ البيع .

﴿ و ﴾ الأمر ﴿ الثالث ﴾ مما يبطل به الخيار أنه كما يبطل بالإمضاء يبطل أيضاً إذا تصرف المشترى في المبيع ﴿ بأي تصرف ﴾ « أو استعمال » وقع منه ولو لم يصح التصرف ، نحو أن يبيعه قبل القبض أو بعده ، أو يهبه أو يعتقه أو يعيره أو يستعمله كلباس الثوب وسكنى الدار وركوب الفرس ، فإن ذلك كله يبطل به خياره ولو جهل كونه له ، أو أن استعماله يبطل خياره ، وسواء استعمله ﴿ لنفسه ﴾ أو كان

لمصلحة نفسه وللمبيع فإن ذلك يبطل به الخيار ، أما لو فعل ذلك لمصلحة المبيع فقط كأن ركبه ليسقيه أو ليعلفه أو يحمل له علفاً عليه ، فإن ذلك لايبطل به الخيار ولو كان فى حضور البائع ، وكذا لو استعمله المشترى بإذن البائع فإنه لايبطل الخيار سواء كان الخيار لأحدهما أو لهما معاً . « والحاصل » أن التصرف أو الاستعمال من المشترى أو مجموله يكون إمضاء للعقد ، ومن البائع إذا كان الخيار له يكون فسخا للعقـد ، ولا يكون التصرف أو الاسـتعمال مبطلا للخيار إلا إذا كان فعله لذلك ﴿ غير تعرّف ﴾ لحال المبيع ، أما إذا ركبه ليعرف كيف جريه أو حمله شيئا ليعرف القدرالذى يستطيع حمله فلايبطل . فلو تلف فمن ماله . وكذا إذا أمر العبد ليعرف كيف طاعته ، أو يعرض المبيع للبيع ليعرف ما يدفع فيه وما أشبه ذلك فإنه لايبطل الخيار، بذلك، وكذلك الاستخدام والانتفاع الذى يعتاد مثله مع بقاء الخيار لايبطل الخيار وكذا حلب البقرة وإتلاف اللبن لا يبطل خيار المشترى لجرى العادة بذلك وإذا تصرف فيه للتعرف فلا يعرف غرضه إلا من جهته فيكون القول قوله فى أنه أراد التعرف فأما ماعرف أنه لا يفعله المشترى للتعرف ﴿ كالتقبيل ﴾ يعنى تقبيل الجارية ﴿ والشفع ﴾ به حيث بيع إلى جنبه مبيع فشفع المشـترى بالمبيع الذى له الخيار فيه فيكون مبطلا للخيار ولو لم تثبت الشفعة لأنه تصرف لغير التعرف قطعا، وكذا البائع لو شفع بالمبيع فى وجه المشترى كان فسخا للبيع .

﴿ فرع ﴾ واعلم أنه لايبطل خيار البائع بقبض الثمن وإتلافه حيث سـلمه المشترى إلى البائع ابتداء ، وأما إذا طلبه البائع من المشترى فإنه رضاء واختيار لتمام البيع إلا أن يجرى عرف بخلافه لم يكن رضاء .

﴿ والتأجير ﴾ ـ ولو فاسداً ـ كالشفعة فى أنه تصرف لنفسه ﴿ولو﴾ أجره البائع إلى ﴿ المشترى ﴾ وكان للمشترى الخيار أو للبائع فإن تأجيره إياه فسخ منه لذلك البيع وإبطال لخيار المشترى ولو كان التأجير بعلف البهيمة فقط وكذا لو أعار المبيع البائع

أو رهنه أو استعمله لنفسه فإنه فسخ للبيع من جهته ولكنه لا يتم حتى يعلم به المشترى فلو أجره المشترى من البائع كان إمضاء للبيع من جهة المشترى وإبطالا لخيار البائع وقوله ﴿ غالبا ﴾ احتراز « من صورتين » فإن التصرف لا يبطل الخيار فيهما .

﴿ الصورة الأولى ﴾ حيث يشتريه المشترى مسلوب المنافع مدة معلومة ثم يؤجر البائع من المشترى أو من غيره تلك المنافع المستثناة فإن ذلك لا ينفسخ به البيع .

﴿ الصورة الثانية ﴾ حيث شرط أن لا فسخ له إلا برد الثمن أو مثله فى مدة معلومة فلا يكون فسخا لو أجره لعدم حصول الشرط لكن إن تم البيع من بعد تبين بطلان الإجارة وإن فسخ تبين صحتها .

﴿ والرابع ﴾ مما يبطل به الخيار أنه إذا سكت من له الخيار مدة الخيار ولم يفسخ قبل خروج المدة بطل خياره ﴿ بسكوته لتمام المدة ﴾ لأنه بتمام المدة يبطل خياره سواء سكت أم فسخ وقد تمت المدة إلا أن يجدد الخيار للبائع أو للمشترى عاد له كما تقدم فى قوله ولو بعد العقد، فلو اتفق تمام المدة والفسخ رجح الفسخ ، ويبطل الخيار بانقضاء المدة إذا كان من له الخيار ﴿ عاقلا ﴾ قبل انقضائها بما يسع الفسخ . فأما لو انقضت وهو غير عاقل نحو أن يكون نائما أو مغمى عليه فى تلك الحال لم يبطل خياره بانقضائها حتى يعقل، فإذا عقل فله أن يفسخ فوراً وإن لم يفسخ فوراً بطل خياره ، وكذا المجنون إذا لم يكن له ولى أو كان له ولى ولم يصدر منه أحد الأمرين: الفسخ أو الإمضاء فإنه يبقى على خياره كما تقدم . وكذا إذا كان فى صلاة فريضة فإنه لا يبطل خياره بانقضاء المدة بل له أن يفسخ بعد الفراغ فوراً . أما السكران فكالعاقل يبطل خياره بسكوته حتى تم وقت الخيار ﴿ ولو ﴾ كان العاقل ﴿ جاهلا ﴾ لبطلان الخيار بالسكوت أو جاهلا لمضى المدة إلا أن يجهل ثبوت الخيار فله الفسخ متى علم فوراً ويمضى له قدر المجلس .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أنه إذا ارتد عن الإسلام من له أى خيار كان بطل خياره

﴿ بردته ﴾ إذا استمر على كفره ﴿ حتى انقضت ﴾ مدة الخيار فإن أسلم قبل انقضائها فهو على خياره إن لم يكن قد أبطل وارثه الخيار بعد لحوقه بدار الحرب .

﴿ والسادس ﴾ أنه إذا نسي قدر الثمن بطل الفسخ فلو اختلف فى قدر الثمن عند ردته فالبينة على المشترى لأنه يدعى الزيادة .

﴿ والسابع ﴾ حيث التبس من له الخيار فحينئذ لا خيار للبائع ولا للمشترى والعقد صحيح .

﴿٢١٠﴾ ﴿ فصـــل ﴾

فى حكم البيع حيث الخيار للمشترى وحده أو للبائع وحده أو لهما .

﴿ و ﴾ بيانه أنه ﴿ إذا انفرد به المشترى ﴾ دون البائع أو انفرد به مجعول له الخيار من جهة المشترى . انتقل حكم الملك إليه وثبت له أحكام « خمسة » وليس للبائع أن يطالبه بالثمن حتى يتم البيع .

﴿ الأول ﴾ أنه إذا اشترى رحمه من النسب ﴿ عتق عليه ﴾ ولو جهل الرحم ما لم يشفع فيه لم يعتق لأن حق الشفيع سابق .

﴿ والثانى ﴾ أنه إذا اشترى أحـد الزوجين الآخر أو بعضه انفسخ نـكاحهما والخيار باق ولم يعد النكاح إلا بتجديد ، ولو رد بالخيار أو شفع فيه لم يعد النـكاح إلا بتجديد .

﴿ والثالث ﴾ أن المشترى إذا انفرد بخيار المبيع ﴿ شفع فيه ﴾ « وبه » أى شفعه من له سبب يستحق به الشفعة ، وكذا له أن يشفع به فإن لم يشفع فللبائع الشفعة إذا رد المشترى وكذا للمشترى فى خيار البائع إذا تم العقد .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع والخامس ﴾ أنه إذا تعيب المبيع ﴿ بعيب أو تلف فى يده ﴾ فيكون ﴿ من ماله ﴾ أى من مال المشترى بعـد قبضه ولو بفعل البائع ﴿ فيبطل ﴾

خياره إذا اتفق أى هذه الأمور وينفذ البيع . ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ ينفرد المشترى بالخيار بل كان لهما معاً أو للبائع وحده ﴿ فا ﴾ لواجب هوا ﴿ لعكس﴾ فى هذه الأحكام التى ذكرت وهو أنه لا يعتق ولا يشفع فيه وله أن يشفع به ويكون فسخاً من جهة البائع ﴿ ولا يتعيب ﴾ ولو بفعل المشترى ويضمن ما نقص من قيمته للبائع ﴿ ولا يتلف ﴾ من ماله لأنه حينئذ لم يكن قد انتقل عن ملك البائع ولو كان تلفه فى يد المشترى مالم يضمن فإن ضُمِّن ضَمِن كالمستام .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام شرط الخيار فى المبيع ﴾ أن ﴿ الفوائد ﴾ الحادثة ﴿ فيه ﴾ من أصلية وفرعية تكون مستحقة ﴿ لمن استقر له الملك ﴾ من بائع أو مشتر وأما لو شرطت لغير من استقر له الملك فسد البيع ولا يقال إن الإجارة تبطل الخيار من الجانبين إذ المراد أنه لو غصب البيع أو كان مؤجراً قبل البيع فالأجرة لمن استقر له الملك . وأما اللبن لو جرى العرف أن المشترى يستهلكه كما هو عرفنا فلا يبطل الخيار ولكنه يرجع بالعلف إذا رد ذات اللبن ﴿ و ﴾ يكون « قرار » ﴿ المؤن ﴾ كالعلف ونحوه « بعد قبض » المشترى للمبيع ﴿ عليه ﴾ أى على من استقر له الملك من بائع أو مشترٍ فيرجع المنفق عليه إذا نوى الرجوع أو أنفق بإذن الحاكم ولو كان المنفق غير المتبايعين ، وأما قبل قبض المشترى له فعلى البائع مطلقا ولا يرجع بما أنفق ونحوه ولذا قلنا « بعد قبض » وكذا الحكم فى خيار الرؤية والعيب .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام شرط الخيار ﴾ أنه قد ﴿ ينتقل ﴾ الخيار عمن يستحقه إلى إلى غيره نيابة لا إرثاً لأسباب ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ ﴿ إلى وارث من ﴾ ارتد فى مدة الخيار و ﴿ لحق ﴾ بدار الحرب فإذا فسخه الوارث انفسخ وإذا أمضاه مضى ويكون ذلك بالنيابة عن المرتد فلو مات بطل الخيار واستقر لهم الملك . أما لو مات الوارث فلا يبطل خيار المرتد لو رجع قبل انقضاء المدة لأن الوارث إنما كان نائباً عنه لا وارثاً .

﴿ و ﴾ ﴿ السبب الثانى ﴾ أنه ينتقل أيضاً إلى ﴿ ولى ﴾ مال ﴿ من جن ﴾ فى مدة الخيار وله الخيار فإن أفاق ولو بعد مضى مدة الخيار فهو على خياره ما لم يكن قد أمضى وليه أو فسخ وإلا فهو على خياره وله أن يفسخ بعد مضى المدة فى المجلس إذا أفاق ما لم يعرض عنه فإن أعرض بطل إلا أن يجهل ثبوت الخيار له فله الفسخ فوراً متى علم فلو مات ولى من جن فلا يبطل خياره لأنه له بالإصالة وللولى بالنيابة وكذا الحكم فى خيار الرؤية والعيب .

﴿ و ﴾ ﴿ السبب الثالث ﴾ أنه ينتقل الخيار إلى ﴿ صبى ﴾ اشترى له وليُّه شيئاً بخيار ثم بلغ الصبى فى مدة الخيار ، وإنما ينتقل إليه إذا لم يكن الولى قد أمضى أو فسخ أو مات أو لحق بدار الحرب وكذلك ينتقل إلى مجنون أفاق فى مدة الخيار حيث اشترى له وليه شيئاً بخيار .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام شرط الخيار ﴾ أنّه ﴿ يلغو فى النكاح والطلاق والوقف والعتاق ﴾ وكذلك الإقالة والهبة على غير عوض والنذر والصدقة والإبراء والوصية والكفالة وسائر عقود التبرعات يلغو الشرط فيها بمعنى أنه لو شرط الخيار فى أى هذه كان لغواً وصح من دونه لأنه فى غير معاوضة فأما لو كان فى معاوضة كالبيع والإجارة والكتابة والهبة بعوض ونحو ذلك فلا يلغو بل يدخلها الخيار كما مرّ ويأتى.

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام شروط الخيار ﴾ أنه ﴿ يبطل الصرف والسلم ﴾ وسائر الربويات فإذا دخل فى أيها أبطله ﴿ إن لم يبطل ﴾ الخيار ﴿ فى المجلس ﴾ المراد قبل التفرق لأنها مبنية على الانبرام والقبض والخيار ينافيهما فأما إذا بطل الخيار قبل التفرق صح العقد . ﴿ و ﴾ تبطل ﴿ الشفعة ﴾ أيضا بشرط الخيار حيث شرطه الشفيع ولو أبطله فى المجلس لأن شرط الخيار كالرجوع عنها .

﴿ مسئلة ﴾ إذ ثبت خيار الشرط للمشترى ثم أبرأه البائع من الثمن أو من بعضه ثم فسخ المشترى المبيع بالخيار لزم البائع تسليم ما أبرأه فيه ولو جميع الثمن لأن الإبراء

بمنزلة القبض كما ذكر فى المهر إذا أبرأته منه الزوجة ثم طلقها زوجها قبل الدخـول ومن ذلك الأجير إذا أبرأه المستأجر من العمل الذى استأجره عليـه استحق الأجير الأجرة لأن الإبراء بمنزلة القبض .

﴿٢١١﴾ ﴿ فصل ﴾

فى خيار العيب وشروطه وأحكامه

﴿ و ﴾ ﴿ اعلم ﴾ أن ﴿ ما ﴾ يرد به المبيع من العيب هو ما جمع شروطا ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ أن يكون العيب قد ﴿ ثبت ﴾ قبل البيع ﴿ أو حـدث فى المبيع ﴾ بعده من غير المشترى ﴿ قبل القبض ﴾ للمبيع أو بعده فى مدة خيارهما أو خيار البائع فمهما كان كذلك صح رد العيب . فلو حدث من المشترى ولو قبل قبضه أو معه بعده ولم يكن حادثا قبل العقد ولا قبل القبض لم يصح الرد به .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا كان فى المبيع دعوى من الغير أنه أو بعضه له فهى عيب فيـه سواء كانت الدعوى قبل تسليمه إلى المشترى أو بعده فيرده بها ولو سكت المدعى من دعواه ما لم يسقطها أو يبرى منها أو يقر ببطلانها وهذا كله ما لم يعرف أن الدعوى وقعت بعناية المشترى حيلة فى الرد نحو أن يأمر من يدعيه وكذا لو انكشف فى المبيع حقاً للغير كمرور ماء ، أو استطراق أو نحو ذلك فإن ذلك يكون عيبا له الرد به كما لو كان فيه دعوى إذا كان عادة الظلمة سكنى الدار المبيعة كان ذلك عيباً .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ أن لا يكون العيب قد زال عن المبيع بل ﴿ بقى ﴾ فيـه مع المشترى ﴿ أو ﴾ كان قد زال عنه القبض لكنه ﴿عادمع المشترى﴾ فأما لو قبضه وذلك العيب زائل ولم يعد مع المشترى لم يكن له رده به حتى يعود لاحتمال أن يستمر زواله وإذا استعمله المشترى فى مدة انقطاع العيب بعد علمه بالعيب وقبل عوده معه لم يكن ذلك رضاء منه بالعيب لأنه لا يمكنه الفسخ حتى يعود عنده .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أن يكون قد ﴿ شهد عدلان ﴾ أو رجل وامرأتان أو عدلة فيما يتعلق بعورات النساء تصف ذلك للمدلين وهما يشهدان عند الحاكم أنه عيب ينقص القيمة أو يثبت عيب المبيع بشهادة رجل ويمين المدعى أو بعلم الحاكم أو بإقرار البائع أو نكوله أو برده اليمين. وقوله ﴿ ذو خبرة فيه ﴾ أى أنه لا بد أن يكون الشاهدان من ذوى الخبرة فى ذلك المبيع كالحدادين فى الحديد والحمارين فى الحمير أو من له خبرة وإن لم يكن من أهل الملاج فى ذلك الشىء ولا بد أن تكون الشهادة بلفظها لبيان ما هو العيب ويرجع إلى نظر الحاكم فى تعرف حاله هل ينقص القيمة أو لا، فلو شهد شاهدان أنه عيب فقط وشهد آخران أنه ينقص القيمة فلا يكفى لأنها مركبة ولأنهما لم يبينا ما هو العيب فلو بينا صحت الشهادة فى هذه المسئلة ولو مركبة لأن الشاهدين الآخرين كالمعرفين لحالة العيب .

﴿ مسئلة ﴾ والعيب هو كل وصف مذموم تنقص به قيمة ما اتصف به عن قيمة جنسه السليم بالنظر إلى غرض المشترى السليم سواء كان لنقصان عين كالعور أو لزيادة كالاصبع الزائدة والثؤلول وهو الناتئ الصلب فى الجسد كالخنازير أو كان حالا كالبخر وإلا باق، ولابد أن يكون اعتبار نقصان القيمة بالنظر إلى غرض المشترى وإن لم ينقص بالنظر إلى قصد غيره كالبقرة الحامل حيث قصد اللحم فهذا ينقص القيمة بالنظر إلى غرضه ويزيد بالنظر إلى غرض غيره .

وإذا ثبت العيب بالشروط الثلاثة التى تقدمت ﴿ رد به ما هو على حاله ﴾ لم يتغير مع المشترى بزيادة ولا نقصان، فإن كان قد تغير فستأتى أحكام ذلك فإن تراضيا ببقائه والارش جاز لأنه فى مقابل جزء ناقص من المبيع لا فى مقابل ترك الفسخ .

ولا يجب رد المعيب إلى موضع العقد بل يرد ﴿ حيث وجد المالك ﴾ فلو طلب البائع رده إلى موضع العقد لم يلزم المشترى إلا بشرط أو عرف فيلزم، وكذا المردود

بخيار الرؤية والشرط وغيرهما ، ويلزم البائع قبوله إلا أن يخشى عليه من ظالم فلا يلزمه قبوله .

وإذا رد المشترى المبيع بعيب فإنه ﴿ لا ﴾ يثبت له أن ﴿ يرجع ﴾ على البائع ﴿ بما أنفق ﴾ على المبيع أو غرم لمؤنة حمله أو نحو ذلك ولو كان الرد بالحكم ولو كان الإنفاق بعد الفسخ وقبل الرد لأنه قد كان فى ملكه إلا أن يأمر الحاكم بالإنفاق لغيبة البائع أو تمرده عن الحضور للتخلية فيرجع حينئذ ، وإذا لم يكن الإنفاق بأمر الحاكم فليس له الرجوع ﴿ ولو علم البائع ﴾ بالعيب وقت العقد ولم يخبر به المشترى فليس للمشترى الرجوع بما أنفق .

﴿ تنبيه ﴾ ومن العيوب ما يكون مختصا بهـا المشترى نحو أن يشترى نعلا أو خاتما ليلبسه فيجده صغيراً أو كبيراً على رجله أو يده أو غير ذلك مما يكون مخالفا لغرض المشترى والقول قوله مع يمينه وكذا لو اشترى البهيمة للحمل والركوب فجبلها عيب يمنع من المقصود . « والضابط فى العيب » هو أن كل عيب تنقص به القيمة ولو بالنظر إلى غرض المشترى فقط فإنه يرد به المبيع .

﴿٢١٢﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان ما يبطل به رد المعيب ولا يستحق المشترى الرجوع بالأرش .

واعلم أن المشترى ﴿ لا ﴾ يستحق ﴿ رد ﴾ المعيب بالعيب ﴿ ولا ﴾ يستحق ﴿ أرش ﴾ ذلك العيب ﴿ أن ﴾ اتفق أحد « ثمانية أمور »

﴿ الأول ﴾ حيث ﴿ تقدم العلم ﴾ قبل العقد بأن ذلك عيب ينقص القيمة وسواء شرط رد المعيب أم لا فإنه يبطل الرد وكذا لو علم بعد العقد قبل القبض أو حاله ولو جهل كونه عيباً يفسخ به فإنه يبطل الرد أيضا ﴿ و﴾ كذا ﴿ لو ﴾ كان المشترى

قد ﴿ أخبر بزوال ما يتكرر ﴾ من العيوب قبل العقد كالصرع وحمى الربع[١] وكبو الدابة ونحو ذلك فإنه يبطل الرد، والوجه فيه أن معرفة تكراره كمعرفة استمراره فإن لم يعرف أنه يتكرر لم يبطل خياره والقول قوله أنه غير عارف بأن العيب يتكرر إلا أن يكون ظاهراً عند الناس فلا يكون القول قوله .

﴿ فرع ﴾ وأما لو كان مما لا يعود بعد زواله كالجدرى إذا حدث عند المشترى فليس بعيب يرد به المبيع إلا أن يصف البائع للمشترى أنه قد أتاه رده بخيار فقد الصفة .

﴿ والثانى ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ كان المشترى قد اطلع على العيب و ﴿ رضى ﴾ بذلك المبيع بقول أوفعل كأن يتصرف فيه بعد العلم بذلك ولو جهل كون التصرف مبطلا فإنه يبطل الرد .

﴿ و ﴾ كذا ﴿لو﴾ وجد بعضه معيباً فرضى ﴿بالصحيح منه ﴾ دون المعيب بطل خياره فى الكل ولزمه جميع المبيع ولا أرش للمعيب ولو كان البائع شخصين وسواء تقدم الرضاء على فسخ البعض أم تأخر فلو رد المعيب ولم يذكر الصحيح كان فسخا ورداً للجميع .

﴿ الثالث ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ اطلع المشترى على العيب و ﴿ طلب الإقالة ﴾ بعد العلم بالعيب فإنه يكون فى حكم الرضى، فأما لوطلب الإقالة قبل العلم بالعيب لم يكن رضى. فإذا ادعى أنه جهل حكم طلب الإقالة فى كونه بعد العلم رضاء لم تسمع دعواه ويبطل خياره ظاهراً وباطناً .

﴿ فـرع ﴾ وطلب الإقالة تقرير للمبيع عن الفسخ بخيار العيب فيبطل بها خيار العيب وكذا سائر الخيارات .

---

(١) حمى الربع هى أن تأخذ يوما وتدع يومين ثم تجىء فى اليوم الرابع. وربعت عليه الحمى: جاءته ربعا اهـ .

﴿ مسئلة ﴾ لو استقال البائع فى شىء ثم وجد فيه عيبا حدث مع المشترى فله رده سواء جعلنا الإقالة بيعا أم فسخاً ، والواجب فى الفسخ رد المبيع كما قبض .

﴿ الرابع ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ اطلع على العيب ثم ﴿ عالجه ﴾ أو أمر بمعالجته ليزول بدواء أو غيره بطل الخيار ولو لم يمتثل المأمور لأن ذلك فى حكم الرضى إلا أن يعالجه بإذن مالكه صح الرد ولا يرجع بالغرامة فلو خشى هلاكه فالقياس أن يفسخه فى وجه الحاكم أو من صلح كما يأتى فى قوله «أو خشية الفساد» أثناء فصل ٢١٤ .

﴿ فرع ﴾ فلو اطلع على عيب غير الذى أصلحه كان له الرد به ولو كان من جنس الأول .

﴿ فرع ﴾ فلو مرض عند المشترى فداواه ليرده بعيبه الذى هو غير المرض الحادث عنده لم يكن رضى وكان له الرد . أما لو أراد البائع أن يعالج المبيع فى يد المشترى فليس له ذلك ، وللمشترى منعه لأن له حقاً فى رده وله أن يعالجه قبل التسليم .

﴿ والخامس ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ قبض المشترى المبيع جاهلا للعيب ثم انكشف أن فيه عيباً ثم ﴿ زال ﴾ ولم يعد ذلك العيب ﴿ معه ﴾ فإنه يبطل خياره .

﴿ والسادس ﴾ قوله أو قبض المشترى المبيع أو طلب الإقالة أو عالجه كما مر ﴿ أو تصرف ﴾ به أو استعمل ﴿ بعد العلم ﴾ بالعيب ﴿ أى تصرف ﴾ أو أى استعمال فإنه يبطل خياره ولا أرش لأن ذلك جار مجرى الرضى ولو كان جاهلا لثبوت الخيار أو أن ذلك يبطل خياره نحو أن يستخدم كثيراً أو يأمر العبد ببيع أو شراء أو يعرض المبيع للبيع لا لمعرفة قيمته مع العيب أو يركب الدابة لا لعلف أو سقى أو ارجاع مع حضور البائع أو يلبس الثوب ولو كان راداً له[1] حال لبسه وكذا لو سكن أو زرع أو طلب الشفعة به أو أكل أو طبخ أو خبز أو أخرجه عن ملكه ببيع أو هبة

(١) لعدم ثبوت العادة فى رد الثوب لابساله بخلاف الدابة فالعادة ثابتة بردها راكبا عليها اه

أو نحوهما فإنه يكون رضاء إلا أن يكون ذلك بإذن البائـع ، وكذا لو حلب البقرة بعد علمه بالعيب إما لنفسه أو لدفع الضرر عنها مع حضور البائع ، أو حلبها غير قاصد لنفسه ولا لدفع الضرر عنها كان رضى، لا لو حلبها للبائع مع غيبته فلا يكون رضاء . أما لو حلب البقرة قبل العلم ثم انتفع باللبن بعد العلم ، فإن كان موجوداً حال العقد كان رضًى وإن لم يكن مما شمله العقد لم يكن رضاء ، فلو كان مما شمله العقد وقد جرى العرف بأن حلبه لا يكون رضى وأن المشترى يستهلك اللبن فإنه لا يكون رضاء .

وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من صـور ثلاث ، فإن التصرف فيها بعد العلم لا يكون رضًى .

﴿ الأولى ﴾ أن يستخدم العبد شيئاً يسـيراً يتسامح بمثله فى العادة أى يفعله الناس فى ملك غيرهم من دون إنـكار فإن ذلك لايكون رضاء .

﴿ الثانية ﴾ أن يعرضه للبيع ليعرف الغلاء والرخص فإن ذلك لا يكون رضاء، وكذا لو حلب البقرة ليعرف قدر اللبن ؛ والقول قول المشـترى فيما أراده مع يمينه إذ لايعرف إلا من جهته .

﴿ والثالثـة ﴾ أن يركب الدابة ليعلفها أو ليسقيها أو ليردها إلى البائع فإنه لا يكون رضاء إذا كان البائع غائبا وقتاً يتضرر به الحيوان، ولا عبرة بوجود الحاكم. وأما إذا كان حاضراً فيكون رضاء ، وكذا لو ركبها لحاجته وحاجة الدابة أو أجرها بعلفها كان رضاء لأن علفها عليه .

﴿ والأمر السابع ﴾ قوله ﴿ أو تبرأ البائع من جنس ﴾ من العيوب ﴿عيّنه﴾ أو أجناس معينة نحو بعتك هـذه الأرض وأنا برىء من الصخرات أو الأشـجار والحفر التى فيها أو نحو ذلك صح ذلك ، وإن لم يذكر قدر ذلك الجنس فيبرأ منه وما من جنسـه وإن كثر لعلة الجهالة حيث كان ذلك العيب الذى تبرأ منه موجوداً

أو مقدراً حصوله كالشيء الكامن لا معدوما ، فلا يصح التبرؤ منه والمشترى على خياره . ولا يدخل فى الوجود ماحدث من جنسه من بعد الشرط ولا ما انكشف من غيره . ﴿ أو ﴾ تبرأ من ﴿ قدر ﴾ معلوم ﴿ منه وطابق ﴾ أى انكشف القدر الذى تبرأ منه من غير زيادة نحو بعتك هذه الأرض وأنا برىء من ثلاث صخرات فيها أو نحو ذلك فإنه يبرأ ويبطل بذلك خيار المشترى ، وكذا لو نقص أو لم يوجد شىء ويعتبر العرف فيما يسمى صخرة ، فلو انكشف زائداً عما تبرأ منه وكان الزائد على انفراده ينقص القيمة فله رده به وإلا فلا .

﴿ فرع ﴾ فأما لو تبرأ البائع من كل عيب فى المبيع كأن يقول بعتك هذه الدار أو الفرس وأنا برىء من كل عيب فيها أوخراب أو لاتصلح للسكنى أو الركوب أو نحو ذلك صح العقد ولغى الشرط وثبت للمشترى خيار رد المعيب ، وكذا لو أبرأه المشترى من كل عيب فإنه لا يبرأ .

﴿ لا ﴾ لو تبرأ البائع ﴿ مما حدث ﴾ فى المبيع من بعد العقد ﴿ قبل القبض ﴾ نحو بعت منك هذا والتزمت لك بما حدث فيه من العيب ﴿ فيفسد ﴾ العقد إذا كان التبرؤ شرطاً مقارناً للعقد ، وكذلك لو عين جنس العيب أو قدره لأنه تبرأ حال العقد بما سيحدث قبل القبض فرفع موجبه . أما لو تبرأ بعد العقد صح العقد ولغى الشرط وثبت الخيار للمشترى .

﴿ والثامن ﴾ مما يكون رضاء لو اطلع المشترى على العيب وطلب الأرش من البائع كان ذلك رضاء لأنه تقرير له فى ملكه فيبطل الرد والأرش .

﴿٢١٣﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان الوجوه التى يبطل بها الرد ويستحق المشترى الأرش ، وقد أوضحها الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ ويستحق ﴾ المشترى ﴿ الأرش ﴾ مالم يقتض الربا

﴿ لا الرد ﴾ فلا يستحقه ﴿ إلا بالرضاء ﴾ يعني إلا أن يرضى هو بالرد مع رضاء البائع بالقبض . وإنما يستحق الأرش بأحد « أربعة وجوه » :

﴿ الأول ﴾ ﴿ بتلفه ﴾ أي بتلف المبيع ﴿ أو بعضه في يده ﴾ أي في يد المشتري أو يد غيره بإذنه ، فإذا تلف المبيع أو بعضه مما لا يتسامح به ولو حكما كالطحن لم يكن له فسخه بالعيب لكن له المطالبة بالأرش ، وذلك كمن اشترى طعاماً فأكله أو أكل بعضه قبل العلم بالعيب ولو أتلف الباقي بعد العلم لتعذر الرد بعد تلف البعض إلا أن يكون الرد بالتراضي وفيما تلف جميعه تعتبر قيمته يوم التلف ﴿ ولو ﴾ تلف المبيع ﴿ بعد امتناع البائع من القبض ﴾ للمبيع بعد الفسخ بالعيب ﴿ أو ﴾ عن ﴿ القبول ﴾ للفسخ ﴿ مع ﴾ وقوع ﴿ التخلية ﴾ بين المبيع وبينه ، أو بعد القبول ولم تحصل تخلية صحيحة فإنه يتلف من مال المشتري ويرجع على البائع بالأرش فقط لأنه قد ملكه فلا يبطل هذا الملك بعد استقراره ولا يخرج من ملكه ويدخل في ملك البائع إلا باختيار البائع أو حكم الحاكم مع التخلية .

قال في حاشية السحولي : « وما تلف بعد التفاسخ قبل القبض أو التخلية تلف من مال المشتري ، وسواء في الإقالة وغيرها ، وسواء كان الفسخ من أصله أو من حينه ويستحق الأرش من البائع » ، فأما لو قال المشتري قد رددت عليك ، فقال البائع قبلت وحصلت التخلية ثم تلف فيتلف من مال البائع والقبض أيضا من البائع بمنزلة القبول وكذا لو حكم الحاكم بالفسخ وحصلت التخلية ولو بدون أمر الحاكم كان تلفه من مال البائع

﴿ والوجه الثاني ﴾ هو أن المشتري يستحق أرش المعيب لا الرد ﴿ بخروجه أو بعضه عن ملكه ﴾ بأي وجه من بيع أو هبة أو نذر أو عتق أو شفعة ﴿ قبل العلم ﴾ بالعيب ﴿ ولو ﴾ خرج ﴿ بعوض ﴾ فإنه يستحق الأرش، فلو اشترى ثوبين معينين ثم باع أحدهما قبل العلم بعيبه رجع على البائع بأرش الثوبين معاً ، ولو تصرف

فى الثوب الآخر بعد العلم بالعيب ، وكذا لو خرج عن ملكه لا باختياره ولو بعد العلم بالعيب وذلك كالحكم بالشفعة فإنه يستحق الأرش . فلو خرج المبيع عن ملكه منفعة لا عيناً ، وذلك كأن يؤجر الدار قبل العلم فلا يبطل الرد .

وإنما يبطل الرد ببيع المعيب ﴿ مالم يرد عليه ﴾ المعيب ﴿ بحكم ﴾ حاكم فإن رده المشترى الثانى بالحكم كان ذلك ابطالا لأصل العقد فكأنه لم يكن ، وحينئذ يصح للبائع الثانى رده على البائع الأول ، وهذا مالم يكن قد ادعى البائع الثانى أن المشترى الآخر قد علم بالعيب ورضيه فإن كان قد ادعى ذلك فليس له الرد إلا أن يدعى أن المشترى الثانى أقر بالعيب ولم يعلمه المدعى فإنه يثبت له الرد على البائع الأول لورد إليه بالحكم ، وأما لورده على البائع الثانى بالتراضى لم يكن للثانى رده على الأول ولو بإذن البائع الأول ، لأن ذلك بمنزلة عقد جديد بخلاف الرد بالحكم فإنه ابطال للعقد فيصح له الرد ، وكذا لو رد عليه بالحكم فى خيار الرؤية والشرط وفقد الصفة ، وكذا بالفساد المجمع عليه قبل القبض فإنه يصح له الرد على البايع الأول .

﴿ فرع ﴾ فلو رد المعيب المشترى الآخر بالحكم وقد كان البائع الثانى قبض أرش العيب من البائع الأول وجب حينئذ رد الأرش وخير البائع الثانى فى المبيع بين إمساكه أو رده وأخذ الثمن ، وليس له أن يمسك المبيع والأرش إلا أن يرضى البائع بذلك جاز إذ الأرش هنا عوض نقص لا عوض حق . وحاصل ذلك أنه مهما ثبت الأرش بطل الرد ومهما ثبت الرد بطل الأرش .

﴿ الوجه الثالث ﴾ هو أن المشترى يستحق أرش المعيب لاالرد ﴿ بتعيبه معه ﴾ يعنى بتعيب المبيع مع المشترى بعيب حادث عنده ينقص القيمة بدون العيب القديم فإذا تعيب معه امتنع رده على البائع بالعيب القديم ولو كان العيب الحادث من جنس القديم ويستحق من البائع أرش القديم لامتناع الرد بسبب العيب الحادث مع

المشترى ولـكن لايمنع الرد إلا إذا حدث بعد قبضه من البائع أو بفعل المشترى ولو قبل القبض ، وإذا امتنع الرد بالعيب لم يكن للمشترى الأرش القديم إلا أن يتراضيا على الرد مع أرش العيب الحادث من المشترى أو بدون أرش فيجوز ، فلو طلب البائع أن يأخذ المبيع من دون أرش وامتنع المشترى من أخذه إلا مع الأرش كان المشترى أولى ، فيستحق الأرش لأنه هو اللازم عند التشاجر كما لو طلباه معا من غير أرش فالمشترى أولى به أيضا .

﴿ واعــــلم ﴾ أنه إذا تعيب عند المشترى فلا يمتنع الرد ويجب الأرش إلا بشروط ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ أن يكون تعيب عنده ﴿بجناية﴾ منه أو من غيره ليخرج ما لو تعيب معه بغير جناية وسيأتى حكم ذلك .

﴿ والثانى ﴾ أن تـكون تلك الجناية ممـا ﴿ يعرف بدونها ﴾ أى بدون الجناية كتقطيع الثوب أو نحو ذلك، فإذا تعيب مع المشترى امتنع الرد .

﴿ والثالث ﴾ أن تـكون تلك الجناية صادرة ﴿ ممن تضمن جنايته ﴾ ليخرج مالو صدرت ممن لا تضمن جنايته كما سيأتى . فمتى اجتمعت هذه الشروط الثلاثة امتنع رد المعيب ووجب الأرش للمشترى ولو وقعت الجناية بفعل البائع فى يد المشترى فإنه يمتنع الرد وإذا جنى عليه المشترى أو الغير فإنه يبطل الرد ويتعين على البائع أرش القديم إلا أن يتراضيا على الرد مع أرش الحديث أو بدون أرش جاز .

قال الإمام ﴿ وفى عكسها ﴾ يعنى نقيض هذه الشروط الثلاثة يخير المشترى بين أخذه وأرش القديم أو يرده ويلزمه للبائع أرش الحديث .

﴿ فنقيض الشرط الأول ﴾ أن يكون العيب الحادث مع المشترى لا بجناية نحو أن يكون من أثر استعمال، مثل أن يلبس الثوب من دون قطع حتى يتعيب ثم يطلع على

عيبه القديم ، وكذا لو زرع الأرض بحرث لا يزيد[1] القيمة ثم اطلع على العيب، وسواء كان العيب مما يمكن الاطلاع عليه بذلك الاستعمال أم يمكن بدونه، إذ المقصود من الثياب اللبس ومن الأرض الزرع ولم تجر العادة بترك ذلك حتى يعرف هل فيه عيب أم لا فلهذا لا يمتنع الرد ،وكذا لو تعيب بفعل المشترى بإذن البائع فإنه لا يمتنع الرد ولا يلزم له أرش.

﴿ ونقيض الشرط الثانى ﴾ أن تكون الجناية لا يعرف العيب القديم إلا بها ككسر البيض والرمان والجوز واللوز وذبح الحيوان الحامل فبمثل هذه الجناية لا يمتنع الرد لأن العيب لا يعرف إلا بها .

﴿ وعكس الشرط الثالث ﴾ أن تكون الجناية صادرة ممن لا تضمن جنايته كالحيوان غيرالمقور والسبع ، ونحو أن تكون بآفة سماوية أو بمرض أو هزال بدون تقصير فى العلف وكذا لو كانت بفعل .

﴿ واعلم ﴾ أنه اذا اتفق نقيض أحد هذه الشروط الثلاثة فإنه لا يمنع الرد بل ﴿ يخير ﴾ المشترى لا البائع ﴿ بين أخذه ﴾ أى أخذ المبيع ﴿ و ﴾ يلزم له على البائع ﴿ أرش ﴾ العيب ﴿ القديم ﴾ الذى كان من عند البائع ﴿ أو رده ﴾ أى رد المعيب ﴿و﴾ يسلم معه البائع ﴿أرش ﴾ العيب ﴿ الحديث ﴾ أى الحادث عنده فيخير المشترى بين هذين الأمرين .

﴿ فرع ﴾ وحيث يطلبان الأرش معاً أو يسقطان الأرش معا أو يسقطه أحدهما فالمشترى أولى به فى جميع الصور .

﴿ مسئلة ﴾ كل أرش يأخذه المشترى من البائع فهو ما بين القيمتين منسوبا من الثمن. وبيان ذلك إذا أريدمعرفة الأرش القديم هو أن يقوم المبيع صحيحا بين المعيبين ومعيباً ويرجع بقدر نقصان القيمة من الثمن. فلو قوم المبيع صحيحا فى المعيبين بستين

(١) أما اذا زادت به القيمة فسيأتى أن الزيادة تمنع الرد اه .

ديناراً ومعيبا بالعيب القديم بأربعين وثمنه ثلاثون فإنه ينقص من الثمن الذى هو ثلاثون قدر الثلث منه وذلك عشرة دنانير وعلى هذا فقس ، وتعتبر قيمته إن كان العيب متقدما على العقد يوم العقد لأنه وقت الاستحقاق، وإن كان متأخراً عن العقد متقدما على القبض فقيمته يوم القبض ، وأيضا كل أرش يأخذه البائع من المشترى فهو ما بين القيمتين غير منسوب فإذا أريد معرفة أرش الحديث فيقوم المبيع مع العيب الحديث ومع عدمه فما بينهما فهو الأرش وذلك ظاهر .

﴿مسئلة﴾ فلو كان المبيع لا قيمة له بعد كسره كالجوز الفاسد إذا كان لمكسوره قيمة وكذا الرمان إذا كان لقشوره قيمة فإن أرش القديم فيه هو ما بين القيمتين صحيحا ومعيبا قبل الكسر منسوبا من الثمن كما تقدم، فلو كان لا قيمة له مع العيب لا قبل كسره ولا بعده كالبيض الفاسد ونحوه فيلزم أن يرجع المشترى بالثمن كله لأن البيع غير صحيح ولو شراه عالما بالعيب لبطلان البيع فلا يطيب الثمن للبائع لأنه فى مقابل عرض باطل فتبطل إباحته .

﴿ فائدة ﴾ لو اشترى شاة فسلخها ثم وجد لحمها معيبا فله أن يرد اللحم والأرش وهو ما بين قيمتها حية معيبة وقيمتها مسلوخة معيبة .

﴿ نعم ﴾ ويخير المشترى فى رد المبيع مع أرش الحديث وإمساكه مع أرش القديم على حسبما تقدم ﴿ إلا ﴾ أن يكون العيب الحادث عند المشترى تولد ﴿ عن سبب ﴾ ذلك السبب وجد ﴿قبل القبض فلا شيء﴾ على المشترى بل إن شاء رد المبيع من دون أرش عليه للعيب الحديث وإن شاء أخذ المبيع وليس له أرش القديم. وذلك كأن يشترى جارية حاملا فينكشف فيها عيب ثم ولدت عنده فحدث بولادتها عيب فهذا العيب متولد عن سبب كان مع البائع وهو الوطء فيخير إن شاء ردها ولا أرش عليه للعيب الحادث عنده بالولادة وإن شاء أمسكها ولا أرش له أيضا للعيب القديم لأنه لا يثبت له ذلك إلا إذا تعيب المبيع معه لا عن سبب من عند البائع قبل القبض، أما إذا كان عن سبب

واختار إمساك المبيع فليس له أرش، فلو باع المشترى الجارية وبطل الرد بأى وجه فإن للمشترى الثانى أن يرجع بأرش العيب القديم والحديث، وكذا للمشترى الأول، وكذا لو اشترى عبداً قد استحق القطع لسرقة أو لجناية قبل القبض فقطعت يده عند المشترى فإنه لا أرش عليه للقطع ولا يبطل به الرد ما لم يمت فإن مات وجب الأرش فقط لأن الموت زيادة على العيب .

﴿ فإن زال أحدهما ﴾ أى أحد العيبين وهما القديم أو الحديث عند المشترى لا عن سبب من البائع « فإن زال القديم فلا أرش على البائع فلو زال بعد أن تسلم الأرش فلا يلزم المشترى رد ما تسلم من الأرش لأنه قد طاب للمشترى وملكه عند أخذه بحق فلا يلزم رده إذا زال سببه وكذا لو لزم المشترى عند الرد أرش الحديث ثم زال بعد أن سلم الأرش فلا يلزم البائع رده لأنه قد طاب له ذلك . « وإن زال الحديث» ثبت للمشترى الرد ولا أرش عليه لما حدث عنده ثم زال ولو لم يكن عن سبب من عند البائع .

﴿ فإن التبس أيهما﴾ زال هل القديم أم الحديث واختلف البيعان. فقال البائع إنما زال القديم فلا خيار لك، وقال المشترى إنما زال الحديث فلى الخيار ولا بينة لأحدهما فإن حلفا معا أو نكلا معا أو تصادقا على اللبس بطل الرد و ﴿تعين الأرش﴾ للمشترى ولو قال البائع يأخذه من دون أرش فالحق للمشترى فى الأقل من أرش العَيْبين لأن الأصل براءة الذمة من الزائد. وقوله ﴿ وَوَطْؤُه ﴾ أى وطؤ المبيع حيث كان جارية فوطئها المشترى قبل العلم بالعيب ﴿ ونحوه ﴾ أى نحو الوطء وهو ما كان لشهوة من تقبيل أو لمس أو نظر هو ﴿ جناية ﴾ من المشترى ولو كان ذلك بإذن البائع فيبطل الرد ويستحق المشترى الأرش، وسواء علقت من الوطء أم لم تعلق، وسواء كانت بكراً أم ثيبا. وأما إذا وطئها غير المشترى فإن كانت بكرا امتنع الرد راضية أم مكرهة، لأنها

جناية ممن تضمن جنايته فإن كانت ثيبا فلا يمتنع الرد إلا إذا علقت أو نقصت قيمتها بعد أن حدث الوطء .

﴿ و ﴾ ﴿الوجه الرابع﴾ مايستحق به المشترى الأرش ويبطل رد المبيع ﴿ بزيادته ﴾ إذا حدثت معه أى مع المشترى ولو فى يد البائع بعد أن قبضه المشترى ثم أبقاه فى يد البائع ولكن لا يمتنع الرد إلا بشرطين :

﴿ الأول ﴾ أن تكون الزيادة من ﴿ مالا ينفصل ﴾ كصبغ الثوب وطحن الحنطة إن زادت القيمة بالطحن وإن نقصت فعيب يمنع الرد وكذا حرث الأرض حرثا يزيد القيمة وصقل السيف ولتّ السويق بعسل أو سمن أو سكر، وبالماء يكون نقصان صفة يمتنع الرد بها ويلزم الأرش .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن تكون الزيادة ﴿ بفعله ﴾ أى بفعل المشترى أو بفعل غيره بإذنه وإلا فلا يمتنع الرد مثل السمن والكبر فى الحيوان فإنهما لا يمنعان الرد لأنهما ليسا بفعله .

﴿ و ﴾ أما ﴿ فى المنفصل ﴾ فعلى المذهب عند الإمام عليه السلام ﴿ يخير ﴾ المشترى ﴿ بين أخذ الأرش[1] ﴾ مع إمساك المبيع ﴿ أو القلع ﴾ للزائد ﴿ والرد ﴾ للمبيع وهذا على خلاف القياس ﴿ والقياس ﴾ أنه إذا أمكن فصل الزائد بدون أن يتضرر المبيع بما ينقص القيمة أن المشترى يخير إما أن يمسك المبيع ولا أرش[2] له أو يقلع الزائد ويرد المبيع ولا شىء عليه ﴿ فإن تضرر ﴾ المبيع حتى نقصت قيمته

(١) وقد استنكر السحولى أخذ الأرش ، وقيل ان هذا إذا كانت الزيادة تتضرر بالفصل لأن المشترى كالمغرور اهـ .

(٢) هذا القول للفقيه على وقد قرره المفتى والشامى والوشلى على حواشى البيان وحواشى الشرح ، واختار القاضى عبد الله العنسى أحد شارحى الأزهار وهو الذى ينطبق عليه الضابط المتقدم أنه مهما ثبت الرد بطل الأرش ومهما بطل الرد ثبت الأرش اهـ .

بفصل الزائد المتصل به مع جهلهما أو جهل المشترى أن الفصل يضره ﴿ بطل الرد ﴾ حينئذ لأن تضرره بما ينتقص قيمته كالعيب الحادث عند المشترى بجناية فيبطل الرد ﴿ لا الأرش ﴾ فيلزم البائع لا إذا رضى البائع بالرد مع تضرر المبيع بالفصل فلا يلزم الأرش وحينئذ ليس للمشترى إلا أن يرضى به بلا أرش أو يفصل الزائد ويرد المبيع فلو لم يفصل الزائد وقد ظنا أو ظن المشترى أن الفصل يضره بطل الرد لا الأرش ، أما لو فصل مع حصول ذلك والظن بطل الرد والأرش لأنه تصرف. وهذا التفصيل إذا كان العيب والزيادة فى المبيع .

أما لو كان المبيع والثمن قيميين وكان المبيع معيبا والثمن سليما وحصلت الزيادة فيه فحكمه كما بينه الإمام بقوله ﴿ ولو كان الزائد بها ثمن المعيب ﴾ المراد فإن كانت الزيادة حادثة فى ثمن المعيب حال كون الثمن ﴿ قيميا سليما ﴾ من العيب وكذا لو كان مثليا غير نقد وقد سمى أحد المتقابلين ثمنا مجازاً مع أن القيميين عند التقابل يكونان مبيعين معا ، نعم فمهما كان المبيع معيبا وكانت الزيادة فى الثمن مع كونه سليما ﴿ لم يبطل ﴾ الرد للمعيب ولو تضرر الثمن بفصل الزيادة ولكن يلزم التراد بينهما قبل الفصل ﴿ و ﴾ إذا وقع التراد ﴿ استحق ﴾ واضع الزيادة ﴿ قيمة الزيادة ﴾ التى وضعت فى السليم وتقوم قيمتها مصنوعة غير مركبة وتدفع فى غير جنسها لئلا يكون ربى .

﴿ مثال ﴾ أن يشترى قمقا[1] سليما بقمقم معيب فيحلى السليم ثم يرد عليه ذلك المعيب بالعيب فإنه لا يبطل الرد ويجب على بائع السليم أن يدفع لواضع الحلية قيمتها مصنوعة غير مركبة كما تقدم ولو قدر أن السليم لا يتضرر بفصل الزيادة عنه ولواضع الزيادة فصلها لو أراد فلو كان الثمن من النقد وقد خلاه لزم أن يسلم مثله .

وقوله ﴿ كلو تضررت الزيادة وحدها فيهما ﴾ أى فى الصورتين معاً وهما حيث كانت الزيادة فى المعيب وحيث كانت فى السليم فإنه لا يبطل الرد ولو قدر تضرر

(١) اسم لشكل مجوف كالدملج ونحوه اه .

الزيادة بفصلها عما هى عليه ولكن يجب لمالكها قيمتها مهما لم يرض به متضرره وتقوم قيمته التى على المعيب مركبة لأنه ملجأ وقيمة التى على السليم غير مركبة كما تقدم وحيث لم يتضرر ماهى عليه بفصلها يخير مالكها إما أن يتركها ويأخذ قيمتها كما تقدم أو يفصلها ولا أرش له لو تضررت .

﴿ والحاصل فى مسئلة القماقم ﴾ إذا أراد إرجاع المعيب وقد زيد فيه أو فى ثمنه السليم أنه لا يخلو إما أن يكون التضرر فى المعيب أو فى السليم أو فى الزيادة: فإن كان التضرر فى المعيب امتنع الرد واستحق الأرش، وإن كان فى السليم لم يمتنع الرد ولزم مشترى المعيب قيمة الحلية ، وإن كان التضرر فى الزيادة فى أيهما لم يمتنع الرد أيضا ولكن إن كانت لا تنفصل أخذ صاحبها عوضها وإن كانت قد تنفصل خير مالكها بين أخذ قيمتها وفصلها والأرش له لو تضررت بفصلها وأما ما هى عليه فيرد سواء تضرر أم لا ، فلو كانا معيبين لم يمتنع الرد أيضا حيث لم يتضرر، وإن تضرر امتنع الرد ، فإن تضرر أحدهما دون الآخر فإن أراد الفسخ من لا يتضرر ما حلاه كان له الفسخ والآخر كالملجأ وإن أراد الفسخ من يتضرر ما حلاه فقد امتنع الرد بعلم التضرر أو ظنه ويتراجعان فى الأرش .

﴿ وأما ﴾ إذا كانت الزيادة ﴿ بفعل غيره ﴾ أى بفعل غير المشترى بدون إذنه فالمتصلة كالسمن والكبر وكذا صباغة الثوب وحرث الأرض ونحو ذلك من الغاصب لا حكم لها ولا يبطل بها رد المعيب ﴿ فيرده ﴾ بزيادته من غير شىء له وإلا يرضى به ولا شىء له لأنه لا يجب على البائع أن يقبض الزائد على ملكه ويسلم عوضه، وأما إذا كانت تنفصل ولا يتضرر المعيب بالفصل فإنه يفصلها ويرده وحده .

﴿ واعلم ﴾ أنه مهما ثبت رد المعيب فإنه يرد ﴿ دون ﴾ الفوائد ﴿ الفرعية ﴾ وهى مالا جرم لها من نفس المبيع كالكراء وكسب العبد ونحو ذلك ﴿مطلقا﴾ سواء فسخ بالحكم أم بالتراضى ﴿ وكذا ﴾ الفوائد ﴿ الأصلية ﴾ وهى مالها جرم من نفس المبيع

كالولد والثمر والصوف فإنها لاترد مع المعيب إذا لم يشملها العقد ﴿ إلا ﴾ أن يفسخ المعيب ﴿ بحكم ﴾ فإنه يجب على المشترى رد الفوائد الأصلية مع المبيع لأنه فسخ للعقد من أصله فإذا تلفت ﴿ فيضمن ﴾ المشترى ﴿ تالفها ﴾ إذا تلفت بجناية منه أو تفريط .

﴿٢١٤﴾ ﴿ فصل ﴾

فى أحكام تتعلق بخيار العيب . ﴿ و ﴾ اعلم أنه من علم بعيب ماشراه كان له ﴿ فسخه ﴾ متى شاء ولا يجب التعجيل لأنه ﴿ على التراخى ﴾ إلى أن يصدر منه رضاء أومايجرى مجراه، وذلك كأن يحصل أحد الأمور الثمانية السابقة[1] التى يبطل بأحدها الرد والأرش أو أحد الأوجه الأربعة[2] التى يبطل بأحدها الرد دون الأرش ﴿ و ﴾ من أحكام خيار العيب أنه ﴿ يورث ﴾ بمعنى أنه إذا مات من له خيار العيب انتقل الخيار إرثاً إلى الوارث فلو اختلف الورثة فى رده والرضى به كان لمن رضى منهم ويلزمه جميعاً وإن ردوه جميعاً فيلزم رده إلا إذا كان سيبتاع بأكثر من ثمنه وكان ماله مستغرقاً بالدين لم يكن للورثة رده .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام خيار العيب ﴾ بعد قبض المشترى للمبيع ان فسخه على أحد وجهين أما ﴿بالتراضى﴾ بين البيعين فلا بد من إيجاب وقبول أو مافى حكم القبول وهو قبض البائع للمعيب وإلا كان كالمعاطاة فيتلف من مال المشترى . ﴿ والوجه الثانى ﴾ قوله ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن ثم تراض ﴿ فبالحكم ﴾ إن تشاجرا ﴿ بعد القبض ﴾ ولا يفسخ مع التشاجر إلا بالحكم ﴿ ولو ﴾ كان العيب ﴿ مجمعاً عليه ﴾ ، وكذا لو كان التشاجر قبل القبض وكان العيب غير مجمع عليه فإنه لاينفسخ إلا بالحكم أما لو كان قبل القبض وكان العيب مجمعاً عليه فلا يحتاج إلى حكم ولا إلى تراض. والمجمع عليه من العيب هو ما اتفق عليه المقومون أنه عيب ينقص قيمة المبيع ، وكذا

(١) بفصل (١١٢) اهـ . (٢) بفصل (١١٣) اهـ .

رد الثمن المعيب إذا كان من النقدين أو كان مثلياً غير معين ، ثم وقع معيب فإنه يجب إبداله ولا يحتاج فى رده إلى حكم ولا تراض ، فإذا خلى بينه وبين المشترى صح الرد ، أما إذا كان قيمياً أو مثلياً معيناً فيعتبر فيه مايعتبر فى المبيع لأنه يكون مبيعاً .

﴿ فرع ﴾ وإذا وقع التفاسخ بالتراضى أوبالحكم فإن المبيع باق فى ضمان المشترى حتى يقبضه البائع أو يخلى له وقبل ذلك يتلف من مال المشترى ويستحق الأرش على البائع كما مر ، وكذا لو فسخه فى وجه الحاكم ولم يقبضه الحاكم ولا البائع . وإذا وجد المشترى عيباً وكان البائع غائباً فإن المشترى يرفع المبيع إلى الحاكم لينقض البيع و ﴿ هو ينوب عن ﴾ ذلك ﴿ الغائب و ﴾ عن ﴿ المتمرد فى الفسخ ﴾ على المشترى ﴿ و ﴾ ينوب عنه فى ﴿ البيع ﴾ أيضا ﴿ لتوفير الثمن ﴾ أى لدفع الثمن للمشترى إذا كان البائع قد قبض الثمن ولم يتمكن الحاكم من رده إلا بالبيع لذلك المعيب أو يبيع غيره من أملاكه على مايرى. وهو ينوب أيضاً عن الصبى والمجنون فإن لم يكن البائع قد قبض الثمن فإن الحاكم ينقض البيع ويرد المبيع إلى من نصبه وكيلاً للغائب ﴿ أو ﴾ يبيعه ﴿ خشية الفساد ﴾ عليه إذا كان المبيع مما يخشى فساده كاللحم والخضراوات ويحفظ ثمنه للبائع ، وكذا لو خشى أن تلحقه غرامة يبقائه حيث كانت أكثر من ثمنه فإن الحاكم يبيعه ويحفظ الثمن . فإن لم يكن فى الناحية حاكم وخشى تلفه أو فساده قبل وصول البائع فله أن يفسخه فى وجه من صلح .

﴿ فرع ﴾ وبيع الحاكم إن كان لدفع الثمن صح ، ولو كان البائع حاضراً حيث هو متمرد فإن كان غائباً لم يصح إلا إذا كانت غيبته مسافة قصر أو جهل موضعه أو لا ينال ، وإن كان المبيع لخشية الفساد فإن كان البائع حاضراً لم يصح وإن كان غائباً صح ووجب لأن الحاكم قد صار وليه فى تلك الحال ولو كانت المسافة قريبة .

نعم ؛ ويجب رد الفوائد التى شملها العقد متصلة أو منفصلة كالصوف واللبن والولد إذا وقع الرد بالتراضى ، وكذا الفوائد المتصلة حال الرد ، فإن وقع الرد بالحكم فعلى

ما أوضحه الإمام بقوله : ﴿ و ﴾ إذا حكم الحاكم بفسخ المعيب بالعيب فإن ﴿ فسخه إبطال لأصل العقد ﴾ فيصير العقد كأنه لم يقع ﴿ فترد معه ﴾ أى مع المعيب فوائده ﴿ الأصلية ﴾ كالصوف والولد واللبن الحادث مع المشترى لا الفرعيـة كغلة الدار فتطيب للمشترى ﴿ ويبطل كل عقـد ﴾ أو إنشاء ﴿ ترتب عليه ﴾ فلو باع داراً بعبـد فرهن العبد أو أجره أو باعه أو وقفه ، ثم فسخت عليه الدار بعيب بعد الحـكم فإن الفسخ يبطل الإنشاءات المترتبة على العقد الأول لأنه قد بطل وصحتها مبنية عليـــه فينفسخ الرهن والبيع والإجارة والوقف ونحو ذلك إلا الشفعة فلا تبطل بعد الحـكم بها ولو فسخ السبب بالعيب ، وكذا الحوالة لاتبطل بعد قبضها لأنها قد صحت فيرجع على المحيل .

﴿ وكل عيب ﴾ علم به المشترى وقت البيع أو انـكشف فى المبيع ﴿ لا قيمة للمعيب معه مطلقاً ﴾ أى فى جميع الأحوال سواء جنى عليه مع العيب أم لم يجن عليه فإنه يقتضى أن يكون البيع باطلاً من أصله لأنه اشترى مالا قيمة له وإذا كان باطلاً ﴿ أوجب رد جميع الثمن ﴾ ، مثال ذلك أن يشترى فرسًا قد عقرها كلب كَلِبٌ[1] قبل قبضها فإنها إذا لم يكن لها قيمة مع ذلك رجع بكل الثمن على البائع سواء اشتراها عالماً بذلك أم جاهلاً ولا يقال إن ذلك إباحة للثمن لأنه فى مقابل عوض باطل فتبطل إباحته ويكون الثمن فى يد البائع مضموناً عليه ، وأما إذا كان لها قيمة مع العيب فإن اشتراها مع العلم لم يرجع بشىء وإن اشتراها مع الجهل ردها مع البقاء أو رجع بالأرش مع التلف أو ما فى حكمه وهو خروجه أو بعضه عن ملـكه كما تقدم .

﴿ لا ﴾ إذا لم يكن له قيمة ﴿ بعد جناية فقط ﴾ وقعت عليه بحيث لو لم يجن عليه لـكان له قيمة ﴿ فالأرش ﴾ هو الواجب له ﴿ فقط ﴾ وهو مابين قيمته معيبًا سليماً من الجناية وقيمته سليماً منها غير معيب منسوباً من الثمن ، ولا يستحق الرد بذلك

(١) وهو المصاب بداء الـكلب وقد زعموا أنه لايبرأ جرحه اه .

العيب ﴿ وإن لم يعرف ﴾ العيب ﴿ بدونها ﴾ أى بدون الجناية فإنه لا يستحق المشترى إلا الأرش فقط ، مثال ذلك : الجوز الذى قد اختل لبّه فإنه لا يعرف اختلاله إلا بكسره ولا قيمة له بعد الكسر بخلاف ما لو بقيت سليمة فإن لها قيمة ولو علم أنها مختلة اللب فإنهم ربما زخرفوها وتركوها زينة أو يلعب بها الصبيان ، ونحو ذلك الرمان الفاسد والبيض الفاسد ، هـذا إذا كان له قيمة قبل الكسر ، أما إذا لم يكن لذلك قيمة لا قبل الكسر ولا بعـده فإنه يرجع بالثمن كله كما تقدم قريبًا ، ولو كان لا يعرف العيب إلا بالكسر .

﴿ ومن باع ﴾ بقرة أو نحوها ﴿ ذا جرح ﴾ وقع من غير البيعين يعرف فى العادة أن مثله ﴿ يسرى فسرى ﴾ ذلك الجرح إلى إتلاف النفس أو إتلاف عضو منهـا مع المشترى ﴿ فلا شىء على الجارح فى السراية ﴾ من وقتى البيع إلى الرد لا للبائع ولا للمشترى ﴿ إن علما ﴾ عند العقد أنها تسرى : أما البائع فلأنه قد رضى بإسقاط حقه لما علم والسراية وقعت فى غير ملكه ، وأما المشترى فكأنه قد رضى بالجرح أو السراية لما علم . ﴿ أو ﴾ علم ﴿ أحدهما ﴾ عنـد العقد أنها تسرى فلا يكون لأحدهما أن يطالب الجارح بأرش السراية فأما أرش الجراحة وما سرى إلى وقت البيع فللبائع أن يطالب بأرش ذلك فقط .

﴿ والعكس إن جهلا ﴾ كون تلك الجراحة تسرى ﴿ وتلف ﴾ المبيع بالسراية أو غيرها فى يد المشترى قبل رده أو امتنع الرد بأحد الأوجه الأربعة المارة بفصل (٢١٣) فله أن يرجع على البائع بأرش السراية والبائع يرجع على الجارح بما أعطى المشترى من الأرش لأنه غرم لحقه بسببه ولم يكن قد علمه قبـل البيع حتى يكون رضًى بإسقاط الحق ، وكذا لو أبرأ المشترى البائع من الأرش فإنه يلزم الجارح الأرش للبائع . وإنما يرجع البائع على الجارح بمـا أعطى حيث كان الثمن مساويًا للقيمة أو دونها . أما إذا كان أكثر لم يرجع البائع إلا بأرش الجراحة ، وعليـه

للمشترى أرش العيب ولو زاد ، مثاله : أن تكون قيمته فى غير سراية عشرة ومع السراية تسعة والثمن عشرون درهماً فإنه يسلم البائع للمشترى درهمين ، وذلك هو ما بين القيمتين منسوباً من الثمن ولا يرجع على الجارح إلا بدرهم لأن الجارح لا يضمن إلا ما نقص من القيمة وهو درهم ودرهم لا رجوع له فيه .

﴿ أو ﴾ كان المبيع باقيًا و ﴿ رد ﴾ على البائع ﴿ بحكم ﴾ حاكم أو رد بما هو نقض للعقد من أصله بغير الحكم كخيار الرؤية والشرط فللبائع أن يرجع حينئذ بأرش السراية على الجارح لأن الفسخ بالحكم إبطال لأصل العقد فكأن السراية وقعت فى مِلْكه فلو كان الرد بالتراضى لم يرجع أيهما على الجارح ، وكذا لو رضيه المشترى لم يرجع أيهما على الجارح أيضا .. والجرح الذى يسرى ﴿ هو عيب ﴾ فإن جهله المشترى أو جهل كونه يسرى وقد علم الجرح ، فله أن يفسخه مع البقاء لأن سريانه عند المشترى لا يمنع الرد ولا يلزمه أرش ماسرى عنده ومع التلف يرجع بالأرش على البائع كسائر العيوب .

﴿ واعلم ﴾ أنه ليس للوصى أن يفسخ المعيب بالتراضى إلا لمصلحة ظاهرة ﴿ وإذا ﴾ فسخ بحكم ولزم رد الثمن ﴿ وتعذر على الوصى الرد من التركة فمن ماله ﴾ كما لو باع الوصى شيئاً من التركة ثم قبض الثمن فقضاه به الغرماء أو استهلكه الورثة ثم فسخ ذلك الشىء بحكم أو استحق بحكم فإنه يجب عليه رد الثمن ، فإن كان باقياً فى يده رده بعينه للمشترى وجوباً وإن لم يكن باقياً فإن كان للميت شىء باعه ورد مثل ذلك الثمن للمشترى . وإن لم يكن للميت شىء استرجع الثمن من الغرماء ، وكذا من الفقراء ، فإن لم يمكنه الاسترجاع منهم رد الثمن من مال نفسه ، فإن نوى إقراض الميت كان له أن يرجع إن ظهر له مال وله أيضا أن يرجع على الغرماء وديونهم فى التركة حيث لم ينو التبرع عن الميت .

﴿ مسئلة ﴾ فلو أوصى الميت بالحج وعين فرساً لا يملك غيره ولا وارث له

ثم ظهر عليه دين مستغرق ولم يكن يعلم الوصي وقد بحث ولم يقصر فالقياس على هذا أن يرد الفرس للغرماء ويسلم أجرة الحاج من عنده وهى أجرة المثل لأن الإجارة غير صحيحة إلا أن يعطيهم من جهة أخرى جاز وكانت الإجارة صحيحة كبيع وارث المستغرق لغير القضاء ، فإن تعذر الاسترجاع ضمن الوصي للغرماء قيمة الفرس من ماله.

﴿ فرع ﴾ ومثل الوصي فى الضمان من ماله الولي والوكيل الذى تتعلق به الحقوق بخلاف الإمام والحاكم فمن بيت المال لأن الحقوق لا تتعلق بهما وإنما يتصرفان بالولاية العامة ، وكذا مأمور الإمام والحاكم .

﴿٢١٥﴾ ﴿فصل﴾

ذكر فيه الإمام أحكامًا تتعلق بالخيارات الثلاثة فيما إذا اختلف من لهم الخيار فى الرد والرضى فى المبيع ، وفى بيان بعض ما تختلف فيه الخيارات . قال عليه السلام : ﴿ وإذا ﴾ اشترى شخصان شيئًا غائبًا عنهما ثم ﴿ اختلف المشتريان ﴾ بعد رؤيته أو قبلها فاختار أحدهما فسخه بخيار الرؤية والآخر رضيه ﴿ فالقول ﴾ المراد فالحكم ﴿ فى الرؤية لمن رد ﴾ سواء تقدم أم تأخر، ويجبر الراضى على رد نصيبه إلا أن يكون بعد القبض فله حصته . أما الشفيعان فمن رد أبطل حقه واستقل بالجميع الآخر ولو كانا مشتركين فى السبب . ﴿ و ﴾ أما إذا شرط المشتريان الخيار لنفسيهما ثم اختلفا ففسخه أحدهما ورضيه الآخر كان الحكم ﴿ فى ﴾ خيار ﴿ الشرط لمن سبق ﴾ منهما بفسخ أو رضى لأن كل واحد منهما وكيل للآخر فإن سبق الفاسخ انفسخ عليهما معًا ، وإن سبق الراضى لزم كلا منهما نصيبه .

﴿ و ﴾ هذا الحكم إنما يثبت إذا كانت ﴿ الجهة واحدة ﴾ نحو أن يكونا مشتريين معًا أو بايعين معًا أو مشتريًا ومجعولاً له الخيار من جهته ، أو بائعًا ومجعولاً له الخيار

من جهته . أما لو اختلفت الجهة نحو أن يكون الخيار للبائع والمشترى فإنه إذا رضى أحدهما كان الآخر على خياره كما تقدم ، وإذا كان الخيار لهما من جهة واحدة فالحكم لمن سبق ﴿ فإن اتفقا ﴾ أى وقع منهما الإمضاء والفسخ فى وقت واحد ولم يسبق أحدهما الآخر ﴿ فالفسخ ﴾ أولى ، وكذا لو التبس من الأصل هل تقدم أحدهما أو اتفقا فى وقت واحد فالفسخ أولى .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا كان الخيار لبائعين أو مشتريين فمات أحد الشخصين بطل خياره ويبقى الحى على خياره لأن الموت ليس كالرضى من كل وجه ، وأما إذا اطلع المشتريان على عيب فى المبيع واختلفا فرضيه أحدهما وفسخه الآخر كان الحكم ﴿ فى العيب لمن رضى ﴾ سواء تقدم أم تأخر ﴿ ويلزمه ﴾ المبيع ﴿ جميعا ﴾ ويدفع لشريكه حصته من الثمن ﴿ وله ﴾ على البائع ﴿ أرش حصة الشريك ﴾ لأنها دخلت فى ملكه بغير اختياره بخلاف حصته فلا أرش لها لأنه قد رضيها . وإذا شفع المبيع شفع فى جميعه لا فى حصة الراضى فقط لأن حصت شريكه دخلت فى ملكه بالعقد الذى اشتركا فيه فتصح شفعة الجميع فلا يتوهم أنها دخلت بدون عقد فلا تشفع ، وكذا يكون الحكم لمن رضى من الوارثين والشافعين . أما إذا كان المبيع سلعتين معيبتين بيعت إحداهما بالأخرى فالحكم لمن رد مطلقا سواء تقدم أم تأخر ، وكذلك لو شرط جماعة الخيار ثم أراد كل واحد رده بخيار آخر . مثال ذلك : أن يرد أحدهم بخيار الرؤية ، والآخر سبق إلى الرضى به من جهة خيار الشرط ، والآخر رضى به من جهة خيار العيب ، فإن تطابق خيارهم بالرد ردوا جميعا ، وإن اختلفت جهتهم فنهم من يرد ومنهم من يرضى بالعيب ونحوه فالحكم لمن رد بكل حال . أما خيار فقد الصفة فالحكم فيه لمن رضى لأنه ما كان من الخيارات من باب النقص فيرد إلى العيب ، وما كان من باب التروى فكالشرط .

قال فى البيان : ﴿ واعلم ﴾ أن ماتقدم من الخيارات مختلف ﴿ فنه ﴾ ماهو من باب النظر والرأى كخيار الرؤية والشرط ، والخيار فيه على الفور ، ولا يورث ولكن

الفور فى خيار الشرط فى آخر مدته وفى خيار الرؤية يكون عقيب رؤية مميزة ﴿ ومنه ﴾ ماهو لأجل نقص فى المبيع كخيار العيب وفقد الصفة وتعذر التسليم والخيانة والغرر ، فهذا على التراضى ويورث ﴿ وكذا ﴾ خيار تعين المبيع يورث فى مدته وبعدها ويكلف التعيين ، وذلك حيث المبيع ثوب من ثياب أو نحوه فإنه يورث لضروزة التعيين إلا حيث باع الكل على أنه بالخيار يرد ماشاء منها فهو لايورث ويصح فى الكل ، وكذا خيار معرفة قدر المبيع وقدر الثمن فإنه يورث، ﴿ ومنه ﴾ ماهو على التراضى ولا يورث وهو خيار الإجازة فى الوقوف ويبطل العقد بموت أيهما وفى خيار الغبن وقد مر جميع ذلك، وهذا كالحاصل لما تقدم .

باب

﴿ مايدخل فى المبيع ﴾ تبعًا ﴿ و ﴾ حكم ﴿ تلفه و ﴾ حكم ﴿ استحقاقه ﴾ .

﴿٢١٦﴾ ﴿ فصل ﴾

والذى ﴿ يدخل ﴾ تبعا ﴿فى المبيع ونحوه﴾ من سائر أنواع التمليكات والإنشاءات كالوقف والنذر والهبة والوصية والصدقة والاحياء والعتق والإقرار والمهر وعوض الخلع ، وكذا الإجارة يدخل فيها ماجرى العرف بدخوله فيها . ﴿ للمماليك ﴾ أى الإماء والعبيد ﴿ ثياب البذلة ﴾[1] وإن لم يكن لابسًا لها بل ولو جهلت فإنها تدخل فى ملك المشترى ونحوه . لأن ما يدخل فى المبيع تبعًا تغتفر فيه الجهالة سواء كان يدخل ملكاً أم حقا . ﴿ و ﴾ كل ﴿ ماتعورف به ﴾ فى عرف البائع أنه للعبد أو للأمة لاينزعه عن أيهما إذا أخرجه عن ملكه كسوار الأمة وسراويلها لا منطقتها وعمامة العبد. والعبرة فيما يدخل تبعًا بعرف البائع ثم بعرف بلده إن لم يكن له عرف ويختلف

(١) لا ما زيد عليها لأجل النفاق والزينة فلا تدخل اه .

العرف باختلاف الجهات والمالكين ، فربما يتسامح التجار والملوك بما لا يتسامح به النخاسون .

﴿ و ﴾ يدخل ﴿ فى ﴾ بيع ﴿ الفرس ﴾ ونحوها تبعاً ﴿ العذار ﴾ وهو الخطام ولو كان مجهولاً والنعال ﴿ فقط ﴾ دون اللجام والقلادة والسرج ، وإذا باعها مع السرج دخل اللبد وهو الذى يكون متصلاً بظهر الفرس إذا كان متصلاً بالسرج وإلا فلا إلا لعرف خاص بالبائع أو عام فى البلد ﴿و﴾ يدخل فى بيع ﴿الدار طرقها﴾ فيستحقها المشترى. أما المنزل فى الدار فإن كان مجاوراً لملك المشترى لم تدخل الطرق وإلا دخلت. ويدخل تبعاً للدار أيضا حوشها، وكذامسيل الماء ، ﴿و﴾ كذا يدخل فى بيع الدار كل ﴿ ما ألصق بها لينفع ﴾ وهو باق ﴿ مكانه ﴾ من دون نقل كالرحى والدقة الملصقة بها والتنور والوتد والسلم المسمور ، وتدخل أيضا البئر وما يتعلق بهـا من الأماكن كالمأجل ونحوه ، ويدخل أيضا المدفن لا مافيـه من الحب ولا مافى الدار من الأمتعة والأثاث والآنيـة والدفائن والسلم غير المسمور ، وتدخل أيضا أبواب الدار ولو لم تـكن منصوبة ، وكذا الرحى العليا لأن العرف جار بدخولها .

﴿ والضابط ﴾ أن كلما لاينقل فى العادة فإنه يدخل إلا أن يجرى عرف بخلافه وكلما كان ينقل فإنه لايدخل إلا أن يجرى عرف بخلافه مثل مفاتيح الدار فإنها تدخل لأن العرف جار بدخول جميع مفاتيح الدار .

﴿ و ﴾ يدخل فى بيع ﴿ الأرض الماء ﴾ وإن لم يذكر وسواء كان سيلاً أم غيلاً أم غيرها ﴿ إلا لعرف ﴾ بأن الأرض تباع دون مائها ﴿ والعكس ﴾ وهو أن الأرض تدخل فى بيع الماء إلا لعرف ، وهذا مبنى على أنه باع حصته من البئر أو سواق الغيل. وأما بيع الماء بانفراده فإنه لايصح بيعه لأنه حق وبيع الحقوق لايصح . ﴿و﴾ تدخل فى بيع الأرض أيضا ﴿ السواق ﴾ التى يجرى فيهـا ماء النهر أو البئر إلى تلك الأرض ﴿ والمساق ﴾ وهى الأصباب التى ينحدر فيها ماء المطر إلى الأرض ، وسواء

كانت ملكاً للبائع أم حقاً له ، فإنها تدخل ويثبت الملك أو الحق للمشترى ، ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ الحيطان ﴾ وهى الجدارات فإنها تدخل فى بيع الأرض تبعًا ويدخل فيها محل الحارس وسيل الماء إلا لعرف. ولا يدخل فيها الملقى من الأحجار ولا الدفين غير أحجار الأساس .

﴿ و ﴾ إذا بيعت الأرض دخلت ﴿ الطرق المعتادة إن كانت ﴾ لها طرق معتادة للاستطراق إلى تلك الأرض سواء كانت فى حق أم فى ملك البائع أم فى ملك لغيره وقد ثبت فيها حق الاستطراق ﴿ وإلا ﴾ يكن لها طريق لذلك ﴿ ففى ملك المشترى ﴾ تكون طريقها ﴿ إن كان ﴾ فى ملكه مايتصل بها ، ويثبت له الخيار إذا كان بنقص القيمة ، وإلا يكن لهـا طريق فى أملاك المشترى ففى المباح إذا وجد بجانب الأرض وهو أقرب من ملك البائع أو مساو له ﴿ وإلا ﴾ يكن ثم مباح كذلك ﴿ ففى ملك البائع ﴾ بغير قيمة ويجبره الحاكم على ذلك ﴿ إن كان ﴾ له ملك يتصل بها ﴿ والا ﴾ يكن لها طريق معتادة ولا اتصل بها ملك المشترى ولا وجد إلى جانبها مباح ولا اتصل بها ملك البائع ﴿ فعيب ﴾ أى فعدم الطريق عيب فإما أن يرضاها المشترى أو يفسخ لأن له الخيار ولو بعد القبض إذا جهل ذلك ، أما قبل القبض فلهما معًا خيار تعذر التسليم ولو علم بذلك. وصورة العيب : هو إذا كان لرجل أراض فباعهن إلا الوسط ولم يستثن لها طريقاً فيما باعه ثم باع الوسط فهى حينئذ لا طريق لها ، وكذا لو كانت طريقها مستعارة فإن كان للأراضى طريق ثم التبست فرض لها الحاكم طريقا من أقرب جهة إليها وتكون قيمتها على المالكين لسائر الجهات الأربع التى التبست الطريق فيها ، ومن عينت الطريق فى ملكه سقط عليه من القيمة على قدر حصته .

﴿ فرع ﴾ وما يدخل فى بيع الأرض تبعًا كالطريق والمسقاة فإنه يتبع فى ذلك العرف، فإن قضى أنه يدخل قرار ذلك فى الملك عمل به، وإن قضى بأنه لا يثبت فى ذلك

إلا حق فقط عمل به ، فإن لم يكن ثَمّ عرف فإن كان ذلك للبائع حقا ثبت للمشترى حقا فقط، وإن كان ذلك للبائع ملكاً ثبت للمشترى ملكا .

﴿ و ﴾ يدخل فى بيع الأرض شجر لمالك الأرض ﴿ نابت ﴾ ممـا ﴿ يبقى سنة فصاعدا ﴾ ويراد به الدوام كالنخيل والأعناب وأصول القضب[1] والكراث . أما مالا يراد به الدوام فلا يدخل ولو كان مما يبقى سنة فصاعدا كالزنجبيل والمرد والفوه فإنها لاتدخل تبعًا . ولا يدخل ﴿ مايقطع ﴾ منه أى من ذلك النابت ﴿إن لم يشترط﴾ دخوله فى المبيع فما نبت ﴿ من غصن وورق وثمر ﴾ وزرع فإنه لايدخل ، وكذا أغصان الحنّاء والتوت والأخشاب فإنها لاتدخل إذا لم يشترط دخولها إلا أصولها فإنها تدخل، فعلى هذا لو باع الأرض فلا يدخل فيها مايقطع من الشجر ، وكذا لو باع الشجرة فلا يدخل فيها الثمر ولا أغصانها ولا ورقها إذا كانت تقطع، وحينئذ لايصح قبض المبيع فى هذه الحال بالتخلية لأنه مشغول بملك البائع فلو قبضه المشترى وجب عليه إصلاح مالم يدخل فى المبيع وإلا ضمن للبائع مافسد .

﴿ مسئلة ﴾ والثمر يكون للبائع مطلقاً من النخل وغيره سواء أبّره أم لم يأبر إذا كان قد ظهر وإلا فللمشترى ، فلو قال بعتك هذه الشجرة بما عليها من الثمار فإن كان قبل الصلاح لم يصح وإلا صح .

﴿ فرع ﴾ وإذا باع الشجرة قبل أن تورق الأغصان أو بعـد أن أورقت فإن الأغصان تـكون للبائع إذا كانت مما يقطع فلو أخذت أوراقها ثم طلع عليها أوراق أخرى فهى لصاحب الأغصان أيضاً ولا أجرة عليه .

﴿ و ﴾ إذا لم يدخل الثمر والزرع والغصون والورق تبعاً بل بقى على ملك البائع وجب أن ﴿ يبقى للصلاح ﴾ أى إلى أن يصلح للجذاذ ويكون بقاؤه ﴿ بلا أجرة ﴾ لمدة بقائه فى الأرض أو بقائه فى الشجر ، ويعتبر العرف فى مدة البقاء. وإذا شرط

(١) وهو الفصفصة اه .

الأجرة فإن الشرط يلغو ﴿ فإن اختلط ﴾ الثمر والورق والأغصان حيث باع الأغصان واستثنى الورق فاختلط الموجود فى الشجرة عند العقد بما حدث على الشجرة من ذلك بعد العقد حتى التبست القديمة منها بالحادثة بعد العقد ﴿ قبل القبض قيل فسد العقد ﴾ بذلك لأنه تعذر به تسليم المبيع ، وهــذا القول ذكره أبو مضر ولم يصح للمذهب ، والصحيح أنه لا يفسد لأن المبيع متميز والجهالة طارئة . فإذا حصل اللبس قبل القبض فإنه يقسم الثمر الحادث والقديم بين البائع والمشترى ويبيّن مدعى الزيادة فى نصيبه ولا خيار لتعذر التسليم لأن التسليم لم يتعذر .

﴿ لا ﴾ إذا كان الاختلاط ﴿ بعده ﴾ أى بعــد القبض ، وكذا لو كان قبله كما تقدم آنفاً ﴿ فيقسم ﴾ الثمر الحادث والقديم بين البائع والمشترى ﴿ ويبين مدعى الفضل ﴾ أى زيادة البذر وزيادة الصفة فى نصيبه « وكذا لو عيّن أحدهما شيئاً منهــا وادعى أنه له فإنه يبيّن على ذلك ، فإن بيّن شيئاً مما ادعاه من زيادة أو تعيين حكم له بهما بين وإلا قسم بينهما ولا حكم لدعوى ذلك »[1] .

﴿ وما استثنى أو بيع مع حقه بقى ﴾ وذلك نحو أن يبيع أرضاً ويستثنى أشجارها بحقوقها أو يبيع الأشجار بحقوقها فإن ذلك كله يوجب بقاء الشجر على الأرض لأجل الحقوق التى أدخلها استثناء أو بيعاً ولو أدخلها لمدة مجهولة لأن الحقوق تقبل الجهالة استثناء أو بيعًا . ﴿ و ﴾ إذا اقتلع منهــا شىء ولو بغير قالع ﴿ عوض ﴾ مكانه مثله أو دونه فى المضرة إذا شاء المستحق للشجرة تعويضه مالم يشترط عدم التعويض أو يجرى به عرف ، وإذا التبس موضع المقلوع أو نوعه عيّنه الحاكم . وحكم الجدار حكم الشجر من ذلك كله ﴿ والقرار ﴾ الذى فيه الشجر والبناء ملك ﴿ لذى الأرض ﴾ وليس لصاحب الشجر وصاحب البناء فيه إلا حق اللبث فقط فلذا لو غصبها غاصب لزمت الأجرة لذى الأرض ، وكذا لو أتلفها متلف كانت القيمة لذى الأرض وله أن

---

(١) من شرح الفتسى اه .

يشفع بها وكذا يشفع فيها مشتريها ولذى الأرض أن يتصرف فيها بما لا يمنع ذا الحق حقه، وعليه إصلاح الأرض إذا خربت بالسيل ليستمر لذى الحق حقه ولو لم يبق لها نفع . أما سقى الأرض وحرثها ونحوه لمنفعة الشجر فعلى رب الشجر وقد تقدم[1] أنه لو استثنى الأشجار أو زراعة الأرض مدة معلومة كان سقى الأشجار وإصلاحها على مالكها وإصلاح الأرض على المشترى .

وهـذا كله إذا ذكر الحق حيث استثنى وحيث باع ﴿ وإ ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يذكر الحقوق ﴿ وجب رفعه ﴾ فى تلك الأرض فى الصورتين معا مهما لم يرض مالك الأرض ببقائها ويكون قطع الشجر من ظاهر الأرض إذ لا تدخل العروق فى البيع ، وهذا كله حيث لم يجر عرف بخلافه فإن جرى العرف بالبقاء إلى مدة معلومة صح وإن كان إلى مدة مجهولة فَسَد فى البيع لا فى الاستثناء ولأنه يصح استثناء الحق مطلقا وقد تقدم فى بيع الثمار بعد بدو صلاحها . وإذا جرى العرف بدخول العروق كما يشترى للغرس أو الشجرة إذا يبست وشُريت للحطب دخلت العروق وإلا فلا ، وإذا دخلت العروق فلا يضر جهلها لأنها من الحقوق ولا يجب عليه تسوية الأرض بعد قلع العروق إلا أن يجرى عرف بذلك .

﴿ فـرع ﴾ من باع شجراً أو بناء فى أرض هو مستأجرها للغرس أو البناء وعلم المشترى بذلك فإنه يجب الرفع إذا لم يقل بحقوقها ولو كان البيع قبـل مضى مدة الإجارة .

﴿ تنبيه ﴾ إذا اشترى الشجرة بحقوقها فإنه لا يلزمه قطع ما امتد من أغصانها فى المستقبل طولا وعرضا فى ملك البائع وكذلك العروق ولو امتـدت إلى أرض الغير فإنه لا يجب رفعها لجرى العادة بذلك، أما الأغصان فيجب رفعها إذا امتدت إلى أرض الغير .

---

(١) فى فصل عدد (٢٠٠) على شرح قوله (ونفقة مستثنى اللبن على مشتريه) اهـ .

﴿ فرع ﴾ وإذا باع حَوْشا وهو المعروف « بالحَـوِىْ » وله إليها مِزْاب وجب عليه رفعه حيث قطع فيها كل حق فإن لم يقطع فلا يجب الرفع بل يبقى حتى المِزْاب ويثبت للمشترى الخيار مع الجهل ، ﴿ ولا يدخل ﴾ فى بيع الأرض وكذا الدار ﴿ معدن ﴾ فى عمقها سواء كان مائعا كالنفط « والغاز » أو جامداً كالذهب والفضة ونحوهما مهما يكن فى أعماق الأرض إذ هى لا تملك ولذا فإنه على أصل الإباحة يكون لمن سبق إليه من بائع أو مشترٍ أو غيرهما سواء كان من جنس الأرض أم لا ولكن يأثم الداخل بدخوله إلا بإذن مالك الأرض ﴿ ولا ﴾ يدخل فى بيع الأرض ﴿ دفين ﴾ من طعام أو أحجار أو نحوهما إلا إذا أدخل وكان معلوما لهما أو للبائع وإلا فسد البيع، وأما قرار المدفن فيدخل وكذا الأساس يدخل ولو جهل .

﴿ فرع ﴾ من اشترى أرضاً وفيها نهر مدفون أو بئر ثم أظهر المشترى ذلك فإن البيع صحيح ويكون ذلك كالتابع فى نفس المبيع بعد معرفة الجملة ، وكذا من باع فرساً فإذا هى حامل أو عبداً فإذا له مهنة تزيد فى ثمنه، أو اشترى فرساً على أنه حرون فوجده غير حرون فإن البيع صحيح ولو قدر أن البائع لو علم بذلك وقت العقد لما باعه بذلك الثمن، وكذا لو اشترى أرضا فوجد فيها معدنا عظيما فإن البيع صحيح، وإذا سبق إليه المشترى كان أولى به .

﴿ ولا ﴾ يدخل فى المبيع ﴿ درهم فى بطن شاة أو ﴾ فى بطن ﴿ سمك ﴾ أو فى بطن أى مبيع ولكن يكون حكمه كما بينه الإمام عليه السلام بقوله: ﴿ و ﴾ الدرهم ﴿ الإسلامى ﴾ وهو ما كان يضرب به الإسلام، وكذا الدرهم الكفرى إذا كان مما يتعامل به المسلمون إذا وجد فى بطن شاة أو نحوها فإنه يكون ﴿ لقطة ﴾ حكمه حكمها ﴿ إن لم يَدّعه البائع ﴾ والصواب إن نفاه البيعان فحكمه حكم اللقطة . أما لو لم ينفه البائع ولا مضى وقت بعد القبض يجوز أن الشاة ازدردته فيه من مال غيره فإنه يكون للبائع ولو لم يدعه فلو توزع كان القول قوله مع يمينه . أما لو وجد فى بطن السمك

وقد حبس فى ماء بعد خروجه من البحر فعلى التفصيل المتقدم، وإلا يكن قد حبس فلقطه لأنه من البحر . ﴿و﴾ أما الدرهم ﴿الكفرى﴾ الذى لا يتعامل به المسلمون ﴿والدُرة﴾ وهى الواحدة من كبار اللؤلؤ إذا وجد شىء منهما فى بطن شاة جلبت من دار الكفر فإنه يحكم به ﴿ للبائع ﴾ لأنهما لا يدخلان تبعا ، وهذا إذا لم يمض وقت يجوز فيه ازدراد ذلك فى ملك المشترى ، وسواء كانت الدرة مثقوبة أم لا إذا كان البائع لما هو الصائد أو كان البائع لما قد حبسها فى ماء يملكه لجواز أنها ازدردتها من ماله وإلا فللصائد إن لم يخصه أحد الوجهين أى حيث لم يحكم بها للبائع ولا للمشترى .

﴿ و ﴾ أما ﴿ العنبر ﴾ فى سمك وهو أصله أ ﴿ و السمك ﴾ إذا وجد فى أصله أى ﴿ فى ﴾ بطن ﴿ سمك ونحوه ﴾ أى نحو ذلك كأن يشترى طيبا فيجد فيه فأرة مسك فإن ذلك ﴿ للمشترى ﴾ يدخل فى المبيع تبعا « كالعلف » الذى فى بطن الشاة ونحوها وسواء علم البائع أم لم يعلم ، وكذا لو وجد البازهر فى حيوان فإنه للمشترى .

﴿٢١٧﴾ ﴿ فصل ﴾

فى حكم تلف المبيع وحكم استحقاقه ﴿ وإذا تلِف ﴾ جميع ﴿ المبيع ﴾ أو بعضه ﴿ قبل التسليم النافذ ﴾ وكان تلفه وهو ﴿ فى غير يد المشترى و ﴾ بغير ﴿ جناية فمن مال البائع ﴾ يكون تلفه، وحينئذ ينفسخ البيع ويجب على البائع أو ورثته رد الثمن إن كان قد قبض من المشترى ، وقول الإمام عليه السلام « قبل التسليم » يحترز مما لو تلف بعد التسليم إلى المشترى فإنه يتلف من مال المشترى إلا أن يكون فيه الخيار للبائع أو لهما معا فيتلف من مال البائع لأنه فى يد المشترى أمانة ، وقول الإمام « النافذ » يحترز مما لو تلف بعد تسليم غير نافذ فإنه يتلف من مال البائع لأن التسليم كلا تسليم ، والتسليم النافذ هو التسليم الذى ليس للبائع استرجاع المبيع بعد تسليمه إلا بحكم والتسليم غير النافذ هو التسليم الذى يكون للبائع استرجاع المبيع بعده من دون حكم .

وللتسليم غير النافذ صور أربع :

﴿ الأولى ﴾ أن يقبض المشترى المبيع بغير إذن البائع وقبل تسلمه للثمن فقبضه هذا لا حكم له فهو غير نافذ ويجب أن يعود إلى البائع كما كان .

﴿ الصورة الثانية ﴾ أن يكون البائع سلمه إلى المشترى بشرط تعجيل الثمن الذى فى ذمة المشترى فإذا لم يعجله فللبائع استرجاع المبيع ويكون تسليمه الأول كلا تسليم .

﴿ الصورة الثالثة ﴾ أن يكون الثمن معينا فى غير النقدين وسلم البائع المبيع تسليما مطلقا ثم طلب منه تسليم الثمن المعين فامتنع المشترى فله استرجاع المبيع ولو قهراً إذ تسليمه وإن كان مطلقا فهو كالمشروط بتسليم عوضه فإذا استرجعه كان التسليم كلا تسليم أما لو كان الثمن نقداً فإنه لا يتعين ولو شرط تسليمه بعينه لأن النقدين لا تتعين فلا يكون له استرجاعه إلا إذا شرط تعجيل الثمن كما مر فى الصورة الثانية .

﴿ الصورة الرابعة ﴾ أن يكون البائع قد قبض الثمن ثم وجد فيه عيبا فرده على المشترى ليبدله واسترجع المبيع لأن له ذلك فإذا رجع إليه كان التسليم الأول كلا تسليم وهذا إذا كان الثمن المعيب نقدا أو مثليا فى الذمة فإن كان قيميا أو مثليا معينا فهو مبيع والمبيع لا يبدل إذا كان معيبا فليس للبائع إلا أن يرضى به أو يفسخ العقد فهذه « الصور الأربع » لما كان التسليم فيها غير نافذ كان كلا تسليم وكان للبائع استرجاع المبيع إلى يده أو إلى يد عدل حتى يتسلم الثمن ومتى استرجعه البائع وتلف فيتلف من ماله .

وقول الإمام « فى غير يد المشترى » يحترز من أن يتلف فى هذه الصور المتقدمة وهو فى يد المشترى قبل أن يرده إلى البائع أو إلى العدل فإنه يتلف من مال المشترى وسواء تلف بفعل البائع فى يد المشترى أم بفعل غيره إلا أن يكون الخيار للبائع أو لهما فمن مال البائع كما ذكر آنفا . وقول الإمام « وجنايته » أى وأن يكون تلفه

بغير جناية المشترى ، أما لو تلف بجناية المشترى عمـــداً أو خطأً أو بجناية عبده الصغير أو بهيمته العقور فإنه يتلف من مال المشترى ولو وقعت تلك الجناية وهو فى يد البائع لأن الجناية بمنزلة القبض فى العقد الصحيح لا فى الفاسد لأنه يفتقر فى قبضه إلى النقل بالإذن .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا تلف المبيع من مال البائع فإنه يبطل البيع ويجب عليه رد الثمن للمشترى وليس للمشترى إلا الثمن فليس له أن يطالب الجانى بالقيمة سواء كان الجانى البائع أم غيره ، وكذا ليس للمشترى أن يطالب البائع بما استغل أو انتفع ، ولا له مطالبته بالنتاج والنماء الحادث بعد البيع متصلاً كان أو منفصلاً لأن ذلك يكون للبائع إذا تلف المبيع فى يده ، فإن كان المشترى قد قبض النتاج والنماء والثمار رد هذه الفوائد ، فإن تلفت ضمنها إلا إذا تلفت لا بجناية ولا تفريط وكان قبضها بعد توفير الثمن فى العقد الصحيح أو كان قبضها بإذن البائع سواء كان العقد صحيحا أم فاسدا فلا ضمان وإلا ضمن ، فإن كان المشترى قد أنفق على النتاج ونحوه فإن نوى الرجوع رجع إذا قبضها بإذن البائع وإلا فلا .

﴿ فرع ﴾ وللبائع حبس الفوائد الحادثة بعد البيع وقبل التسليم كالولد ونحوه مع حبس المبيع حتى يقبض الثمن وذلك تبعا للأصل وهو المبيع ، فلو تلفت فى يد البائع ولم يتلف المبيع لم تكن مضمونة عليه لأنها لم تشارك المبيع فى جزء من الثمن وهو السبب الموجب للضمان .

﴿ قيـل ﴾ والقائل صاحب الوافى تخريجا للهادى عليه السلام ﴿ وإن ﴾ باع على رجل شيئا ثم ﴿ استعمله ﴾ قبل التسليم ﴿فلا خراج﴾ عليه أى فلا تلزمه أجرة للمشترى وهـذا القول لا يصح للمذهب ، والصحيح أنها تلزم الأجرة إلا إذا تلف المبيع قبل القبض النافذ فلا تلزم لأنه يبطل البيع . فلو امتنع البائع بعد توفير الثمن له عن تسليم المبيع ثم سلمه لزمته الأجرة أيضاً كالغاصب ولو لم يستعمله .

قال الإمام عليه السلام ﴿ وإن تعيب ﴾ المبيع قبل القبض سواء كان باستعمال أم بغيره ﴿ ثبت الخيار ﴾ للمشترى فإن شاء فسخ وإن شاء رضى به ولا أرش له إلا إذا كان العيب بفعل غير البائع رجع بالأرش على الجانى . أما لو كان العيب بجناية المشترى فليس له الفسخ إلا إذا كان الخيار لهما أو للبائع فله أن يفسخ بالعيب ويضمن ما نقص من القيمة للبائع ﴿ و ﴾ إذا تلف المبيع ﴿ بعده ﴾ أى بعد التسليم النافذ لم ينفسخ البيع وتلف ﴿ من مال المشترى ﴾ لأنه قد استقر ملكه بالقبض النافذ[1] ﴿ ولو ﴾ تلف ﴿ فى يد البائع ﴾ بعد أن قبضه المشترى قبضا نافذا تلف من مال المشترى إلا أنه ربما يضمن القيمة فى بعض الصور بوجه آخر لا الثمن وذلك نحو أن يسترده البائع رهنا فى الثمن أو فى دين غيره فيضمنه ضمان رهن حيث قبضه بإذن المشترى ، أو يسترده لقبض الثمن من دون شرط تعجيله وكان الثمن مما لا يتعين ضمنه ضمان غصب إذا قبضه بغير إذن المشترى ، وكذا لو عدّ له بغير إذن المشترى فيضمن القيمة فى هذه الصور، بخلاف ما لو عاد إلى البائع وديعة أو عارية غير مضمونة أو قبضه من المشترى بالوكالة منه فإنه لا يضمن قيمة ولا ثمناً لأنه أمين .

بيان استحقاق المبيع

قال الإمام عليه السلام ﴿وإذا استحق﴾ المبيع أى انكشف أنه ملك لغير البائع وجب على المشترى ﴿ رده لمستحقه﴾ وإذا علم استحقاقه فلا يجوز له تأخير الرد حتى يحكم به ولو تعذر عليه الرجوع بالثمن على البائع ولا شىء له على من استحقه وكذا يجب عليه رد فوائده الأصلية والفرعية إن كان عالما وإن كان جاهلا طابت له الفرعية يعنى الكراء فقط كما يأتى لأنه مع الجهل يملك غلتها وعليه الأجرة، وإذا سلم المشترى المبيع لمستحقه فله الرجوع على البائع بالثمن إذا كان التسليم كما بيّنه الإمام بقوله:

(١) وقد سبق بيان القبض النافذ قريباً اه .

﴿ فبالإذن ﴾ من البائع للمشترى بالتسليم له الرجوع ، وكذا لو سلمه بعد إقرار البائع بأنه لمستحقه فإن له الرجوع بالثمن لأن الإقرار إذن بالتسليم وإذا أقر البائع فليس له الرجوع عن الإقرار ولو رجع قبل التسليم ﴿ أو ﴾ كان التسليم بعد ﴿ الحكم بالبينة أو العلم ﴾ الحاصل للحاكم أنه لغير البائع أو وقع التسليم بعد أن حلف الغير والمبيع فى يده أن المبيع له فى محضر الحاكم أو وقع التسليم بعد نكول البائع عن اليمين فمهما وقع التسليم بعد أحد هـذه الأمور فإن المشترى ﴿ يرجع بالثمن ﴾ على البائع ولكن يرجع عليه بالثمن المدفوع له لا المعقود عليـه فلو عقد بدراهم ثم دفع دنانير فإنه يرجع بالدنانير على البائع . أما لو ثبت للمشترى الرجوع ثم أقر للبائع بأن المبيع ملكه أى ملك البائع فليس له الرجوع بالثمن على البائع ، وأما إذا ضمن البائع للمشترى ضمان الدرك كان للمشترى الرجوع على البائع بالثمن وبما غرم من بناء وغرس وغيرهما مطلقاً سواء اشترى وهو عالم أن المبيع ملك الغير أم كان جاهلا لذلك ، وسواء اعتاض فيما قابله كالمهر أم لا .. فإن لم يضمن : فإن كان المشترى عالما أنه ملك الغير فلا يرجع عليه إلا بالثمن فقط وإن كان جاهلا فإن اعتاض فيما قابله كالوطء ونحوه فلا رجوع على البائع إلا بالثمن وإن لم يعتض رجع بكل ماغرم وحيث يثبت للمشترى أن يرجع بما غرم ، فكذلك يثبت الرجوع لوارثه بما غرم بعد موت المشترى .

﴿ مسئلة ﴾ وأما إذا ضمن البائع للمشترى مالحقه فى المبيع وعلقه بشىء من ماله كأن يقول: وجعلت لك الضمان فى دارى الفلانية فإنه يبطل الضمان بهذا التعليق إلا أن يقول إن علم الله أنه يستحق عليك المبيع أو بعضه فقد بعت أو نذرت عليك الآن بدارى الفلانية أو بقيراط منها أو نحو ذلك صح البيع أو النذر إذا استحق المبيع .

﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن رد المبيع بإذن البائع ولا بالحكم بالبينة أو العلم ولا بإقرار البائع أو نكوله أيضا ولا بيمين الغير بل رد بإقرار المشترى أو نكوله عن

اليمين أو بينة من دون حكم أو قال اعلم أنه للبائع ﴿ فلا ﴾ يرجع المشترى على البائع بالثمن ولا بما غرم أيضا إذا كان المبيع فى يده وسلمه على ماذكر إلا أن للمشترى طلب اليمين من البائع بأنه لا يعلم ولا يظن أن المبيع للغير فإن حلف فلا شىء وإن رجع حكم عليه بالثمن ﴿ وما تلف منه ﴾ أى من المبيع قبل التسليم ﴿ أو استحق منه ما ﴾ يصح أن ﴿ ينفرد بالعقد ﴾ كثوب من ثوبين أو من ثياب أو نحوذلك ﴿ فكما مر ﴾ فى تلف الكل أو استحقاقه من أنه يتلف من مال البائع أو من مال المشترى على التفصيل المتقدم وما استحق منه رد لمستحقه على التفصيل المتقدم أيضا ، ويصح البيع فى الباقى . وأما إذا كان التالف مما لايصح أن ينفرد بالعقد نحو أن تتلف عين الدابة أو عين العبد أو أحد أعضائها فذلك عيب حادث قبل التسليم فيجرى فيـــه مجرى العيب كما مر .

﴿ فإن ﴾ تلف ما يصح إفراده بالعقد أو استحق ثم ﴿ تعيب الباقى ﴾ بسبب ذلك ﴿ ثبت الخيار ﴾ للمشترى مع الجهل ، وذلك نحو أن يتلف أو تستحق إحدى فردتى النعل فإن قيمة الباقية تنقص لأجل انفرادها وتزيد بانضمام أختها إليها فيخير المشترى فى الباقية لأجل تعيبها إن شاء ردها وأخذ كل الثمن وإن شاء أخذها بحصتها من الثمن فلا يرجع بمـا نقص من قيمتها لأنه لا أرش له مع الخيار ، وكذا لو لم يتعيب الباقى إلا بالنظر إلى غرض المشترى فيثبت له الخيار نحو أن يتلف أو يستحق للغير ثور من ثورين للحرث أو زوجة العبـد فله الخيار كما مرّ والقول قوله فى غرضه مع يمينه ، فإن تلف ذلك البعض بجناية المشترى أو بجناية عبده أو بهيمته العقور فليس بعيب فلا يرجع على البائع بشىء كما تقدم .

﴿ فرع ﴾ وإذا تلف المبيع أو بعضه قبل التسليم تلف من مال البائع كما تقـدم سواء كان البائع قد عرض على المشترى القبض فامتنع أم لا .

﴿٢١٨﴾ ﴿فصـــل﴾

فى ذكر حكم بيع الموصوف إذا كان مشروطا أو غير مشروط وخالف فى الجنس أو فى معظم المقصود أو فى النوع أو فى الصفة فتلك ثمان صور مع كونه مشارا إليـه وثمان مع كونه غير مشار إليه . وقد بيّنها الإمام عليه السلام وطوى بعضها فى بعض بقوله : ﴿ ومن اشترى ﴾ شيئا ﴿ مشاراً ﴾ إليه ﴿ موصوفاً ﴾ أى مذكوراً جنسه أو نحوه وليس المراد الصفة المخصوصة كأبيض ونحوه ﴿ غير مشروط ﴾ فى العقد كونه على تلك الصفة ، مثاله : أن يقول بعت منك هذا البر وهو فى الجوالق فكشفه فإذا هو شعير أو العكس ، وكذا لو قال هـذه النعجة فإذا هو كبش ﴿ صح ﴾ العقـد ﴿ وخيّر ﴾ المشترى ﴿ فى المخالف ﴾ فى الجنس أو فى النوع أو فى الصفة أو فى غرض المشترى فإن شاء رضى به وإن شاء فسخ لمخالفته مع بقاء المبيع ومع التلف له الأرش و ﴿ مع الجهل ﴾ لفقدها لا مع العلم عند العقد أو القبض أو الاستهلاك فلا خيار له ، وأما مع الجهل فيثبت له الخيار ولو وجد المخالف على صفة أفضل من غرضه لأن العبرة بغرضه ، وأما البائع فلا خيار له سواء علم أم جهل مالم يحصل عليه تغرير .

﴿ فإن شرط ﴾ كون المبيع على تلك الصفة ، والمراد بالشرط العقـد وهو أن يقول على أنه كذا وليس المراد أن يأتى بحرف الشرط[1] فإذا كان المبيع مشاراً إليه والعقد على صفة ﴿ نخالف ﴾ ففى ذلك « أربع صور » : إما أن تـكون المخالفة فى معظم المقصود أو فى الصفة أو فى الجنس أو فى النوع .

﴿ الصورة الأولى ﴾ قوله ﴿ ففى ﴾ مخالفة معظم ﴿ المقصود ﴾ أى فى منافاته لمعظم الغرض ﴿ فسد العقد ﴾ مطلقاً سواء علما أم جهلا ولو كانت تلك المخالفة للغرض فى الصفة فقط ، وذلك نحو أن يشترى رقيقاً على أنه عبـد للخدمة فيجده جارية

(١) وقد تقدم فى خيار الشرط بيان ماهو العقد وما هو الشرط فى فصل (٢٠٩) اهـ .

أو يشترى غنما على أنها نعاج للنتاج فيجدها فحولا وما أشبه ذلك .

﴿ و ﴾ ﴿ الصورة الثانية ﴾ إذا كانت المخالفة ﴿ فى الصفة ﴾ فقط مع الموافقة فى الجنس والغرض. مثال ذلك : بعت منك هذه الغنم على أنها كباش فإذا هى نعاج، ومقصوده اللحم ﴿ صح ﴾ العقد ﴿ مطلقاً ﴾ سواء علما أم جهلا إذا انكشف أعلى مما شرط أو مساويا ﴿ و ﴾ أما لو انكشف أدنى ﴿ خير ﴾ المشترى[1] ﴿ فى الأدنى ﴾ إن شاء رضى به وإن شاء فسخ. وله ذلك ﴿ مع الجهل ﴾ بالأدنى حال العقد والقبض، فإن قبض ذلك عالما بطل خياره ، وأما البائع فلا خيار له مطلقاً .

﴿ و ﴾ ﴿ الصورة الثالثة ﴾ إذا كانت المخالفة ﴿ فى الجنس فسد ﴾ العقد ﴿ مطلقاً ﴾ سواء علما أم جهلا وسواء سلم الأعلى أو الأدنى ، مثاله : اشتريت منك هذا الطعام على أنه برّ فإذا هو شعير ، وكان القياس أن يكون باطلا لأنه إذا بطل الشرط بطل المشروط، ولكن للخلاف فيه جعل فاسداً لتثبت له أحكام الفاسد .

﴿ و ﴾ ﴿ الصورة الرابعة ﴾ إذا كانت المخالفة ﴿ فى النوع ﴾ نحو بعتك هذا العبد على أنه حبشى فإذا هو زنجى فسد العقد أيضا كالمخالفة فى الجنس، لكن ﴿ إن جهل البائع ﴾ كونه زنجيا لأنه لم يقصد بيعه ﴿ وإ ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن جاهلا بل عالما أنه زنجى ﴿ صح ﴾ البيع سواء كان المشترى عالما أم جاهلا ﴿ وخير المشترى ﴾ مع الجهل، أو خالف غرضه سواء أعطى الأعلى أم الأدنى ، فله مع البقاء الخيار بين الرد والرضى، فإن أتلفه عالما فلا شىء كما لو كان عالما حال العقد أو يوم القبض . وإن أتلفه جاهلا رجع بالأرش وهو ما بين القيمتين منسوبا من الثمن ، وأما إذا كان الموجود أعلى مما وصف ولم يخالف الغرض فلا خيار له ولو جهل كما أنه لا خيار له مع العلم ولو كان أدنى مما وصف .

(١) هذا مع البقاء، ومع التلف يرجع بالارش وهو ما بين القيمتين منسوباً من الثمن اه .

ولما فرغ الإمام عليه السلام من بيان أحكام الموصوف ـ حيث يكون مشاراً إليه وقد ذكر أربعا من الصور إجمالا وأربعا تفصيلا ـ أراد أن يبين أحكام بيع الموصوف مع عدم الإشارة إليه ، وهو أنه لايصح بيع غير المشار إليه إلا إذا كان موجوداً فى الملك وكان من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم وذكر صفته حتى يميز عن غيره أو كان لايملك غيره من جنسه . قال الإمام عليه السلام : ﴿ فإن لم يشر ﴾ إلى المبيع ﴿ وأعطى ﴾ المشترى ﴿ خلافه ﴾ أى خلاف ماقد سماه ففيها أيضا ثمان صور : أربع مع الشرط وهو أن يقول : إنه كذا ، وأربع مع عدم الشرط ، إلا أنه قد طوى ذكر بعض الصور فى بعض .

﴿ الصورة الأولى ﴾ قوله ﴿ فنى الجنس ﴾ أى إذا كانت المخالفة فى الجنس حيث سمى له جنسا وأعطاه جنسا آخر مخالفا لما سماه[1] نحو : أن يقول بعت منك عشرة آصع براً بهذه الدراهم فأعطاه شعيراً ، هذا مع عدم الشرط ، ومع الشرط نحو : أن يقول طعاما على أنه بر فأعطاه شعيراً فإن البيع فى الصورتين صحيح ﴿ و ﴾ حيث صح البيع ﴿ سلم البائع ﴾ إلى المشترى ﴿ المبيع ﴾ وهو عشرة آصع من البر إن كان موجوداً فى ملكه عند العقد وإلا كان فاسداً إن قابله نقد لأنه يكون من بيع المعدوم ، فإن قابله غير نقد صح البيع لأنه يكون ثمنا والوجود مبيعا . قال ﴿ وما قد سلمه ﴾ البائع من الشعير ﴿ مباح ﴾ للمشترى إن سلمه ﴿ مع العلم ﴾ بأنه شعير ، والصحيح أنه لا يكون مباحا لأنه إباحة فى مقابل غرض باطل فتبطل ببطلانه فيكون فى يد المشترى كالغصب إلا فى الأربعة ، وفى سقوط الأثم فيرجع به على المشترى مع البقاء ومع التلف يرجع عليه بمثله أو بقيمته . قال الإمام : وما قد سلمه حكمه ﴿ قرض فاسد ﴾ إن سلمه البائع ﴿ مع الجهل ﴾ أنه شعير ، والصحيح أنه

(١) وكذا المخالفة فى الغرض المقصود فيكون كالجنس اه .

يكون كما لو سلمه مع العلم كما تقدم إلا أنه لا يسقط الإثم عن المشترى إذا قبضه عالما بأنه شعير .

﴿ الصورة الثانية ﴾ قوله ﴿ وفى النوع ﴾ أى إذا أعطى المشترى نوعا آخر غير الذى سمى وقت العقد ولم يخالف الغرض المقصود مع الإتيان بالشرط نحو أن يقول بعت منك تمراً برنيا[1] أو على أنه برنى فأعطاه تمراً صيحانيا[2] ﴿ أو تكون المخالفة فى الصفة ﴾ ولم يخالف الغرض المقصود مع الشرط أو مع عدمه نحو أن يقول : بعت منك عشرة آصع براً أحمر أو على أنه أحمر فأعطاه أبيض وحين تكون المخالفة فى النوع أو فى الصفة إما أن يكون ذلك المسلم إلى المشترى باقيا فى يده أو تالفا فان كان باقيا ﴿ خيرا ﴾ معا بين أمرين ﴿ فى ﴾ ذلك ﴿ الباقى ﴾ إن شاءا معا أو أحدهما أن يسلم البائع المبيع المسمى وقت العقد ويرد المشترى ما تسلم فعلا وهذا الأمر على جهة اللزوم وإن شاءا معا أن يكون ذلك المسلم هو المبيع وكأنه هو المبيع المسمى وقت العقد فعلا ولا يحتاجان إلى تجديد عقد آخر، وهذا الأمر على جهة المراضاة بينهما ولا يتحتم إلا الأمر السابق إذا اختار أحدهما خلاف ما اختاره صاحبه وهذا إذا كان المبيع موجوداً فى الملك وقت البيع وإلا فسد .

﴿ فرع ﴾ فإذا كان المسلم باقيا فانهما يخيران فى الأمرين سواء علما أم جهلا أم علم أحدهما وجهل الآخر أن المسلم هو غير المبيع ﴿ و ﴾ إذا كان قد تلف ﴿ ترادّى فى ﴾ ذلك ﴿ التالف ﴾ إذا كان تلفه على وجه يضمن وإلا فهو أمانة ، وحيث يضمن يترادان فى ﴿ أرش الفضل ﴾ إذا كان التالف قيميا أو مثليا وعدم المثل أو تراضيا على القيمة فإن كان المسلم أعلى رد المشترى ما زاد من قيمة المسلم على الثمن وإذا كان أدنى رد البائع ما بين القيمتين منسوبا من الثمن . ولا يكون التراد إلا مع الجهل أى جهل المردود له فلو كان البائع عالما بأن ما سلمه هو غير المبيع لم يرجع بزيادة الأعلى .

---

(١) التمر البرنى أجود التمر اهـ (٢) نوع من التمر غير جيد اهـ

وكذا لو كان المشترى عالماً عند العقد أو عنـد القبض أو عند الاستهلاك لم يرجع بنقصان الأدنى .

﴿ واعلم ﴾ أن المشترى إذا اشترى طعاماً غير مشروط أو بذراً مشاراً إليه أو غير مشار فخالف فى المقصود أو فى الجنس أو فى النوع أو الصفة فانه يخيّر فى الأدنى على التفصيل المتقدم، وكذا لو كان مشروطاً فخالف فى الصفة أو فى النوع فإنه يخير بين الرضا والفسخ وله الخيار فى الأدنى وفى الأعلى على ما تقدم من التفصيل .

﴿ وحيث يخير المشترى فى ﴾ المخالف ﴿ الأدنى ﴾ وكذا حيث يخير فى المخالف الأعلى ﴿ و ﴾ كان ﴿ قد بذر ﴾ المشترى بما أعطيه من الأدنى أو الأعلى أو طحن ذلك أو ذبحه أو نحو ذلك من الاستهلاك الحكمى وكان ﴿ جاهلا ﴾ عند أن بذر أو طحن أن ذلك مخالف لما تناوله العقد ﴿ فله الخيارات ﴾ الثلاثة: فإن شاء رجع بالأرش وهو ما بين القيمتين منسوباً من الثمن وهذا إذا عدم المثل فى الناحية أو كان قيمياً . وإن شاء سلم للبايع النبات وسلم الأرض معها حتى يبلغ الحصاد ورجع على البائع بالثمن وكراء الأرض وما غرم على ذلك الزرع إلى وقت التسليم وهذا فيما له حد ينتهى إليه من النبات كالفوم والبصل ونحوهما لا الغروس التى للدوام . وإنما صح رد التالف على البائع لكونه غر المشترى بذلك الاستهلاك حيث أعطاه المخالف، وهذان الخياران على جهة الحكم . وإن شاء رضى بما أعطيه وليس له الرجوع بما زاد من الثمن .

﴿ مسألة ﴾ فلو اشترى حباً للبذر ينبت فأعطاه البائع حباً قد أكلته السوس أو قد دفن وهو لا ينبت ثم بذره فله الرجوع على البايع بارش العيب وهو ما بين قيمته ينبت وقيمته لا ينبت منسوباً من الثمن .

﴿٢١٩﴾ باب البيع غير الصحيح

اعلم أن البيع ينقسم إلى ثلاثة أقسام : صحيح ، وقد سبق ذكره مع شروطه وأحكامه ، وباطل ، وفاسد . فالباطل هو ما أورث خللا فى ركن البيع أو فى محله ، والفاسد : هو ما أورث خللا فى غير الركن والمحل « وبعبارة أخرى » البيع الباطل ما لا يكون مشروعاً أصلاً ولا وصفاً ، والبيع الفاسد ما كان مشروعاً أصلا لاوصفا ولكل منهما أحكام تخصه قد بينها الإمام عليه السلام فى هذا الباب بقوله :

﴿فصل﴾

﴿ وباطله ﴾ أى وباطل البيع ما وقع على أحد أوجه خمسة: ﴿الأول﴾ ﴿ مااختل فيه ﴾ شرط ﴿ العاقد ﴾ من موجب وقابل عن نفسه وعن غيره فهو باطل نحو أن يكون أحد المتعاقدين صبياً غير مميز أو مجنوناً أو مكرهاً بغير حق أو مضطراً لجوع أو لعطش وغبن غبنافاحشاً . أما السكران فإن كان غير مميز فعقده باطل وإن كان مميزاً صح العقد ولوغبن غبنا فاحشاً ، وكذا لو كان العاقد عبداً أو صبياً مميزاً غير مأذونين فإنه يكون باطلا إلا أن تلحقه الإجازة .

﴿ الوجه الثانى ﴾ قوله ﴿ أو فقد ذكر الثمن أو المبيع ﴾ أو هما مما نحو أن يقول بعت منك ، أو بعت منك هذه الدار ، أو بعت منك بمائة فيقول اشتريت فهذا البيع يكون باطلا ولو تقدمته مواطأة واتفقا على تعيين المبيع ومقدار الثمن ، إلا أن يقول بعت منك على ما قد وقعت عليه المواطأة أو كما قد باع فلان فإنه يصح .

﴿ الوجه الثالث ﴾ قوله ﴿أو﴾ اختل فى العقد ﴿ صحة تملكهما ﴾ أى صحة تملك المبيع والثمن أو أحدهما لا يصح تملكه كأن يكون أحدالمتقابلين خمراً أو خنزيراً أولحم ميتة أو لايملك لعدم نفعه كالدم والحشرات . فلو كان بعض الثمن مما لا يصح تملكه

كان البيع باطلا . وكذا لو كان أحد المتقابلين لا يصح تملكه لأحد المتعاقدين دون الآخر . واعلم أن العبرة فى صحة التملك حال العقد ليخرج عصير العنب قبل أن يصير خمراً فإنه يصح ويدخل بيع الوقف فإنه لا يصح ولو صح بيعه فى المآل وذلك حيث يصير إلى حال لا ينتفع به فيما عين فيه فإن العبرة بحال العقد .

﴿ فرع ﴾ فلو أبيحت الميتة لجماعة مضطرين فإن حكم بيعها بينهم كحكم بيع الزبل لا يصح ولا يجوز .

﴿ الوجه الرابع ﴾ قوله ﴿أو﴾ اختل ﴿العقد﴾ أى الإيجاب والقبول ولو حصلت المراضاة فإنه يكون باطلا ، وكذا لو قال اعطنى كذا وخذ هذا عوضه فإنه باطل[1] إلا فى المحقر فيصح ويكفى فيه ما اعتاده الناس فى غير المحقر يكون البيع بالمعاطاة باطلا فلا توجب التمليك بل إباحة بعوض وسواء كان ذلك فى المنقول وغيره .

﴿ والوجه الخامس ﴾ « ما اقتضى الربا » فكل عقد وقع واقتضى الربا . فإنه يكون باطلا وقد سبق بيان ما يقتضى الربا فى بابه .

﴿ والمال ﴾ وهو المبيع والثمن ﴿ فى ﴾ الوجه ﴿ الأول ﴾ وهو حيث اختل فيه العاقد ﴿ غصب ﴾ فى يد البائع والمشترى تجرى عليه أحكام الغصب جميعها وفوائده

---

(١) ومن اختيارات إمام العصر أيده الله أنه لايشترط فى البيع والإجارة وغيرها من أنواع المعاملات الجارية على جهة المبادلة العقد بين المتبادلين بخصوص صيغ اعتبرتها الفقهاء وألفاظ أنتجتها بل المناط فى نفوذ البيع وأضرابه هو رضا المتبادلين وافتراقهما وهما راضيان أخذاً بظاهر الخطاب، فمن أى وجه استفدنا الرضا وأى طريق أدركناه فعلا أو لفظاً أخذنا به فى الحكم بصحة المعاملة وثبوت الملك وما يترتب عليه المحقر وغيره فى ذلك سيان لا لمجرد العادة فقط بل لظاهر الخطاب فلا يختص بالمحقر إذ لم يرد دليل فى اعتبار خاص لصحة البيع ومسمى البيع والمبايعة هو التراضى الحاصل بين البيعين . ومما قاله المحقق المقبلى بل الله ثراه منازعا من اشترط التلافظ فى غير المحقر : « وهذا بناء على أن مسمى البيع والمبايعة ونحوها هى هذه الألفاظ ولا دليل لهم عليه بل العبرة الرضى بالمبادلة . والدلالة على الأخذ والإعطاء بأى قرينة والألفاظ التى شرطوها لإحدى القرائن فقط ولم يجىء بما قالوه كتاب ولا سنة » انتهى .

كفوائد الغصب ﴿ و ﴾ حكم المال ﴿ فى ﴾ الوجهين ﴿ التاليين ﴾ للوجه الأول ، وهما حيث فقد ذكر الثمن أو المبيع أو صحة تملكهما ﴿ كذلك ﴾ أى يكون حكم المال وهو المبيع فى يد المشترى والثمن فى يد البايع بعد المطالبة حكم الغصب فى جميع أحكامه كما فى الوجه الأول بلا استثناء ، وقبل المطالبة يكون مع فوائده كالغصب فى جميع وجوهه ﴿ إلا ﴾ أربعة أحكام فإنه يخالف الغصب فيها : ﴿ الأول ﴾ ﴿ أنه يطيب ربحه[1] ﴾ إذا باعه واشترى بثمنه شيئاً فباعه وربح فيه طاب له الربح لأنه فى يده برضاء مالكه وسلطه عليه بخلاف الغصب ، ﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ إنه ﴿ يبرأ من رد إليه ﴾ فإذا غصبه غاصب ثم رده إليه برئ ذلك الغاصب بردّ العين إليه ، وكذا برئ برد القيمة إليه بعد التلف بخلاف الغصب فلا يبرأ الغاصب الآخر إلا بالرد إلى المالك ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أنه ﴿ لا أجرة ﴾ عليه ﴿ إن لم يستعمل ﴾ ولا يجوز له الاستعمال بوجه فإن استعمل لزمته الأجرة مدة الاستعمال فقط بخلاف الغصب فإنها تلزم الأجرة وإن لم يستعمل . ﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أنه ﴿ لا يتضيق ﴾ عليه ﴿ الرد ﴾ إلى المالك ﴿ إلا بالطلب ﴾ ويتضيق الرد إلى الوارث بموت المالك أو ردته مع اللحوق بخلاف الغصب ، وبعد أن يتضيق عليه الرد يكون فى يده كالغصب فى جميع وجوهه. ومما خالف فيه الغصب أن للقابض من بائع ومشتر مطالبة الغاصب لو غصب عليه .

﴿ و ﴾ حكم المال ﴿ فى ﴾ الوجه ﴿ الرابع ﴾ من الأوجه التى يكون البيع فيها باطلا وهو حيث اختل الإيجاب والقبول فإن حكم المبيع وفوائده فى يد المشترى والثمن وفوائده فى يد البايع غير مملوك لكنه ﴿ مباح بعوض فيصح ﴾ فيه أربعة أحكام يخالف الباطل فيها : ﴿ الأول ﴾ أنه ينفذ ﴿ فيه كل تصرف ﴾ ولو وقفاً أو عتقاً ﴿ غالبا ﴾ يحترز من الشفعة به أو فيه فان ذلك لا يصح لأنه غير مملوك ويحترز من الوطء للأمة فانه لا يجوز لأنه لا يستباح بالاباحة ﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ أن البائع

---

(١) هذا مع علم الدافع لا مع الجهل فلا يطيب ربحه بل يتصدق به اهـ .

﴿ ارتجاع الباقى ﴾ منه ما لم يستهلك حسا أو حكما فإن استهلك فلا ارتجاع له وليس للمشترى أن يرجع بما أنفق على المبيع لو أرجعه إلى البائع لأن الظاهر أنه أنفق ولم ينو الرجوع هذا إذا كان الفاسخ المشترى لا لو كان البائع فيرجع المشترى عليه بما أنفق على المبيع كما يأتى آخر الفصل ﴿و﴾ ﴿ الثالث ﴾ ان المشترى إذا استهلكه حسا أو حكما ولو أخرجه عن ملكه بالبيع ونحوه وجب ﴿ فيه ﴾ للبائع ﴿ القيمة ﴾ أى قيمة يوم قبضه لأنه كلما قبض برضاء أربابه لاستهلاكه وجبت فيه القيمة يوم قبضه، فلو تلف البعض لزمت قيمة التالف ورد الباقى عند الاسترجاع ، وقد علم لهذا أن المبيع يتلف من مال المشترى فعليه القيمة وله رد الثمن من البائع لو تلف المبيع فلو تفاوتت القيمة والثمن لزم التراجع فى الزائد وهذا إذا كان قيميا فإن كان مثليا ضمن بمثله ورجع بالثمن على البائع .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أنه ﴿ ليس بيعا ﴾ فلو حلف لا باع لم يحنث بالمعاطاة ولو جرى العرف بتسميتها بيعا لأن الحنث يتعلق بالحكم لا بالاسم . ومن أحكام المعاطاة أن البيع بها لا تلحقه الإجازة لأنه ليس بعقد ، ومنها أن البيع بها لا يدخله الربا لأنه ليس من البيع فى شىء وإنما هو إباحة بعوض .

فاسد البيع

﴿ و ﴾ أما ﴿ فاسده ﴾ أى فاسد البيع فهو ﴿ ما اختل فيه شرط ﴾ أو أكثر من شروط صحة البيع ﴿ غير ذلك ﴾ أى غير ما ذكر من الشروط الأربعة التى باختلالها كان البيع باطلا، فإذا اختل غيرها من الشروط كان البيع فاسداً نحو أن يكون الثمن أو المبيع مجهولا أو يكون العقد بغير لفظ ماض أو يتولى طرفى العقد واحد أو جهل مدة الخيار أو حصل فيه شرط مفسد . وكذا لو كان المبيع غير موجود

فى الملك فسد فى غير الصّرف والسلم وأما فيهما فصحيح[١] .

﴿ و ﴾ ﴿ اعلم ﴾ أن البيع الفاسد ليس بمحرم ولذا فإنه ﴿يجوز عقده﴾ والدخول فيه « غالباً » احتراز من بيع اللحم بالحيوان وبيع اللبن فى الضرع والصوف على جلد الشاة وبيع الثمار قبل صلاحها وغير ذلك مما نهى الشرع عن بيعه ، وقد تقدم بيانه ، وما عدا ذلك فيجوز عقده والدخول فيه ﴿ إلا ﴾ ما كان من الفاسد ﴿ مقتضى الربا فحرام ﴾ فعله ولا يطيب ربحه لو وقع والدخول فيه وعقده ﴿ باطل ﴾ على الصحيح من المذهب سواء كان مجمعاً على أنه ربا أم غير مجمع عليه .

﴿ و ﴾ العقد الباطل المقتضى للربا ﴿ ماسواه ﴾ من العقود الفاسدة ﴿فكا﴾ لعقد ا ﴿ لصحيح ﴾ فى جميع أحكامه إلا فى سبعة أحكام :

﴿ الأول ﴾ : ﴿ أنه معرض للفسخ ﴾ إذا تراضيا على فسخه انفسخ[٢] ، وإذا طولب بالفسخ ثم باعه أو وهبه بعد المطالبة صح ، ولكن الفسخ مع التراضى يحتاج إلى لفظ التفاسخ بالإيجاب والقبول ، ويغنى القبض عن القبول ولا يكفى أن يرد كل واحد منهما لصاحبه ما قبض منه . وإذا تشاجرا فللحاكم الذى يقول بفساده أن يفسخه . واعلم أن حكم الحاكم يراد هنا لأحد وجهين : إما لقطع الخلاف أو لقطع الملك ، فإذا كان الفساد مجمعاً عليه لم يحتج إلى حكم قبل القبض لأنه لاملك ولاخلاف، وإن كان قد قبض احتيج إلى الحاكم بقطع الملك ، وإن كان الفساد مختلفاً فيه احتيج إلى الحاكم قبل القبض لأجل الخلاف ، وبعده لأجل الخلاف وقطع الملك .

﴿ و ﴾ المشترى بعقد فاسد إذا فسخ وجب رده بعينه إن كان باقياً و ﴿ إن ﴾ كان قد ﴿ تلف ﴾ أو تعيب امتنع رده ووجب رد مثله أو قيمته إن عدم المثل أو كان قيمياً ، والمراد بقيمته يوم القبض لا قيمته يوم استهلاكه لأنه كما قبض برضاء أربابه

(١) ولكن فى الصرف لابد من التقابض قبل الافتراق .

(٢) وللوارث أن يفسخ أيضا اه .

وجبت فيه القيمة يوم قبضه كما تقدم فى المعاطاة .

﴿ وفائدة الفسخ ﴾ بعد التلف أن للبائع الفوائد الأصلية إذا فسخ بالحكم وتلفت قبل تلف المبيع أو حاله بجناية أو تفريط فحينئذ يرجع على المشترى بمثل المثلى وقيمة القيمى ، فإن لم يفسخ لم يستحق شيئاً . وأما التراجع فى الزائد بين القيمة والثمن فإنه لازم سواء حصل فسخ أم لا .

﴿ فرع ﴾ وإذا فسخ الفاسخ فللمشترى حبس المبيع حتى يعود إليه الثمن إذ هو له إذا أفلس .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثانى ﴾ أن المبيع فى العقد الفاسد باق على ملك البائع ﴿ لايملك إلا بالقبض ﴾ من المشترى أو وكيله ولو كان هو البائع فتى قبضه المشترى بعد البيع ﴿ بالإذن ﴾ من البائع ملكه ، ولا بد من إذن جديد بعد البيع أو حاله ، وقبض البائع الثمن ليس بإذن .

﴿ فرع ﴾ ويكفى قبض بعض المبيع فى غير المنقول سواء كان متصلا به أو منفصلا عنه .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أن ماملك بالعقد الفاسد وجبت ﴿ فيه ﴾ لصاحبه ﴿ القيمة ﴾ لا الثمن أى قيمته يوم قبضه إذا كان الثمن أكثر من القيمة على البائع رد الزائد وإن كان أقل وجب على المشترى توفية القيمة ، ولو قبل التفاسخ ، فإن غاب مستحق الزيادة بقيت عند من هى عليه حتى اليأس ، وثم تصير للوارث ثم للفقراء ويلزم الايصاء بها ، وله أن يسلمها إلى الإمام أو الحاكم . وحكم الزيادة فى يد من هى عليه حكم الدين فتتضيق بالطلب وهذا مع علم من هى له . أما مع جهله فكالغصب .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أنه ﴿ لايصح فيه الوطء ﴾ للأمة إذا اشتريت بعقد فاسد فلا يجوز لأن ما اشترى بعقد فاسد صحت فيه وجازت سائر التصرفات بعد قبضه ولو منعه البائع من التصرف أو طلب الفسخ لأنه لا ينفسخ إلا بالتراضى أو بالحكم

إلا الوطء ، فلا يصح ولا يجوز فيه بأى حال ولو لم يفسخ .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أنه لايثبت فيه ﴿ الشفعة ﴾ لأن المبيع فيها مأخوذ بالثمن وفى الفاسد بالقيمة أما الشفعة به فتصح .

﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ أنه لا يصح فيه ﴿ القبض بالتخلية ﴾ بل لا بد فى قبضه من القبض الحقيقى وهو يكون بنقل جميع ما ينقل والتصرف فيما لاينقل ولو فى بعضه تقدم فى الحكم الثانى ، والمراد بالتصرف فى الأرض المرور فيها فإنه كاف .

﴿ والسابع ﴾ أنه إذا غرم المشترى فى المبيع من حرث الأرض أو نحوه ثم وقع التفاسخ فيه ، فإنه إن كان هو الفاسخ فلا يرجع على البائع بما غرم ولو كان الفسخ بالحكم ، وإن كان الطالب للفسخ هو البائع رجع عليه بما غرم كما مرّ .

﴿٢٢٠﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان فوائد المبيع فى العقد الفاسد لمن تكون إذا فسخ ، وبيان مايمنع الرد ، وبيان ما يترتب على الفاسد : أما بيان فوائده على جهة الإجمال . ﴿ فاعلم ﴾ أنها إذا حدثت قبل القبض فهى للبائع مطلقاً . وإن حدثت بعد القبض ، فالفرعية تطيب للمشترى مطلقاً سواء فسخ بالحكم أم بالتراضى متصلة حال العقد أم لا ، وسواء تلف المبيع قبلها أم بعدها أم التبس الحال . والفوائد الأصلية إن فسخ بالتراضى طابت للمشترى مطلقاً سواء تلف المبيع حساً أو حكما قبلها أم بعدها ، وإن كان الفسخ بالحكم ، فإن تلف المبيع قبلها حساً أو حكما أو التبس وقت تلفه أو امتنع الرد بأى وجه طابت للمشترى وإن تلف بعدها أو معها فهى للبائع .

وأما بيان ذلك على التفصيل فقد أوضحه الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ والفوائد الفرعية ﴾ كالأجرة والزرع وكسب العبد وغير ذلك ﴿ فيه ﴾ أى فى المشترى بعقد فاسد إذا حصلت ﴿ قبل الفسخ ﴾ فهى ﴿ للمشترى ﴾ وكذا ربحه ، وذلك حيث

يشـترى بالمبيع سلمة ثم يبيعها بأكثر من ثمن المبيع فإنه يطيب له الربح ولو فسخ المبيع الأول إذ البيع الثانى لا يمنع الفسخ وإنما يمنع الرد .

﴿ و ﴾ أما فوائده ﴿ الأصلية ﴾ كالصوف[١] والولد واللبن التى لم يشملها العقد فإنها تـكون فى يده ﴿ أمانة ﴾ فلو فسخ العقد وقد تلفت لا بتفريط لا يضمنها وبتفريط يضمن كما فى الأمانة لـكنها تخالف الأمانة فى أنه يجوز له الانتفاع بها والتصرف فيها والعبرة بالانـكشاف فلو باعها ثم فسخ العقد امتنع رد عينها كالأصل وفيها المثل أو القيمة . أما النفقة على الفوائد فتكون على من استقر له الملك كما فى خيار الشرط ويؤمر بالإنفاق عليها من هى فى يده .

﴿ و ﴾ من أحكام الفوائد الأصلية أنها ﴿ تطيب ﴾ للمشترى ﴿ بأحد أمرين ﴾ :

﴿ الأول ﴾ ﴿ بتلفه ﴾ أى المبيع ﴿ قبلها ﴾ فإذا تلف الأصل حسا أو حكما قبل تلفت الفوائد طابت للمشترى ، فلو فسخ بالعقد لم يجب عليه للبائع إلا قيمة الأصل يوم القبض سـواء تفاسخا فى التالف بالحـكم أو بالتراضى ولو كانت الفوائد باقية لأنه قد استقر البيع بتلف المبيع ، فإن كان التالف بعض المبيع حصصت القيمة .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الثانى ﴾ أنها تطيب للمشترى ﴿ بفسخه ﴾ بالرضى ﴿ فقط ﴾ فلا يجب عليه ردها سواء كانت متصلة حال الفسخ أم منفصلة ، لأن الفسخ بالرضى فسخ للعقد من حينه فإن فسخ بالحـكم رده بفوائده الأصلية لا الفرعية .

﴿ و ﴾ من أحكام الفوائد الأصلية إذا فسخ البيع أنها تطيب للمشترى عند

---

(١) وقد حصر الفوائد الفرعية والأصلية نظما العلامة إسحق بن محمد العبدى فى قوله

ألا فاحفظوا حصر الفوائد موجزاً ... وتعـدادها نظما فـا النـثر كالنظم
(ففرعيها) زرع كذا مهر ثيب ... وكسب لعبد والـكرى ياذوى الفهم
كذا مهر بكر حيث كان لزومه ... لما بوطء قال هـــذا أولو العـلم
فان كان مهر البكر بالوطء لازما ... فأصلية كالدر والصوف فى الحـكم
ومثلهما الأولاد أيضا وهكذا ... ثمـار وأرض للجنـاية فى الجسم

مايمتنع رد عين المبيع بأحد أمور مما يأتى : « فمنها » أنه يمنع رد عينه تلفه وهو استهلاكه حسا ﴿ و ﴾ « منها » أنه ﴿ يمنع رد عينه ﴾ أيضا وفوائده الأصلية ﴿ الاستهلاك الحكمى ﴾ على أى وجه فيجب بعد الحكم بالفسخ القيمة ، وقد نظم الإمام خمسة عشر وجها للاستهلاك الحكمى بقوله :

وقف وعتق وبيع ثم موهبة غرس بناء وطحن ذبحك الحملا[1]

طبخ ولت وصبغ حشو مثل قبا[2] نسج وغزل وقطع كيفما فعلا

فمن اشترى شيئا بعقد فاسد ثم وقفه أوأعتقه بعد قبضه امتنع رده، وكذا لو باعه بيعا صحيحا أو فاسداً ولو عاد إلى ملكه امتنع رده مالم يعد إلى الملك بما هو نقض للعقد من أصله ، وكذا إذا وهبه أو غرس الغصن المشترى ولو فسد أو بنى على العرصة أو غرس فيها امتنع رد ذلك ولو أزيل الغرس والبناء عن العرصة فإن أحاط ببعضهما من جميع الجوانب كان استهلاكا لذلك البعض ، وكذا لو اشترى طعاما فطحنه ، أو حيوانا فذبحه ، أو لحما فطبخه ، أو سويقا فلته ، أو حجارة فبناها ، أو ثوبا فصبغه ، أو قباء قبل أن يحشى فحشاه وخاطه ، أو غزلا فنسجه ، أو قطنا فغزله، أو ثوبا فقطعه قميصاً امتنع رد العين والفوائد الأصلية فى جميع ذلك سواء فسخ العقد بحكم أم بغير حكم وحينئذ تجب القيمة . «ومنها» الجناية على المبيع فإنها تمنع رد عينه وكذا الزيادة المتصلة لو كانت بغير فعله كالسمن والكبر، وإنما امتنع رد عين المبيع فى كل ذلك إذا كان الفسخ بالحكم أما لو كان بالتراضى فيصح الفسخ ورد المبيع

---

(١) الحمل إسم لولد الضأن إذافطم ورعى وقوى كالخروف الصغير : الجمع حملان وأحمال. ولا معنى له هنا إذ المراد ذبح أى حيوان مأكول كان اه .

(٢) القبا : ثوب يلبس فوق الثياب، جمعه أقبية « كالصاية فى عرفنا » والمعنى خاط القبا حاشية. قال فى الأثمار : « درز مثل قبا » وهى أولى من عبارة الأزهار لأن مجرد الحشو بلا خياطة لا يكفى، يقال درز الثوب أى خاطه خياطة متلززة فى الغاية : والنسبة درزى بفتح الدال جمعه درزة، والعامة تضم الدال وتقول درزى جمعه دروز اه .

مع الزيادة أو النقصان مع أرش أو بغير أرش .

قال الإمام عليه السلام: ﴿ ويصح كل عقد ترتب عليه ﴾ أى على العقد الفاسد، يعنى أنه يصح أن يقع كل عقد بعده وللعقد الثانى صفته من الصحة والفساد وكذا يصح أن يقع بعده كل إنشاء إلا العارية والرهن فينقضان ببطلان العقد الذى ترتب عليه لو بطل . فالعقد ﴿ كالنكاح ﴾ نحو أن يشترى جارية بعقد فاسد فينكحها غيره بعد القبض فإن النكاح صحيح وكذا لو باعها كان البيع صحيحاً ﴿ و ﴾ إذا فسخت الجارية بحكم وقد أنكحها المشترى غيره انفسخ البيع و ﴿ يبق ﴾ النكاح ويكون مهرها للمشترى. وعبارة الفتح وشرحه أوضح وهى : « ويثبت حكم كل إنشاء ترتب عليه » كأن يشترى جارية بعقد فاسد فينكحها أو يبيعها أو يؤجرها بعد القبض فإنه يصح « حتى يفسخ » البيع ثم يرتفع ذلك المرتب « إلا النكاح فيبقى » ولا يفسخ. هكذا ذكره الإمام فى الأزهار والغيث والبحر . ﴿ و ﴾ كذا يثبت ﴿ التأجير ﴾ بعد العقد ﴿ الفاسد ﴾ ويكون له حكم ما عليه من الصحة والفساد ﴿ ويفسخ ﴾ إذا فسخه البائع بالحكم أو بالتراضى فإن رضى ببقاء الاجارة كان له الأجرة من يوم فسخ البيع . قال فى الغيث وحاشية السحولى ما معناه : « والفرق بين أن يثبت حكم كل إنشاء ترتب على العقد الفاسد وبين ما تقدم فى العيوب أنه يبطل الفسخ بالحكم كل ما ترتب عليه ـ أن فى العيب العقد مستند إلى العقد الأول وقد بطل ، وفى الفاسد مستند إلى الإذن وقد حصل ذلك فهو مسلط عليه بالتصرف ولهذا لم يبطل » .

﴿ و ﴾ للمتعاقدين فى العقد الفاسد ﴿ تجديده ﴾ على الوجه الصحيح فيكون ﴿ صحيحاً بلا فسخ ﴾ للعقد الأول الفاسد لأن تجديد العقد يكون فسخاً وعقداً سواء وقع قبل القبض أم بعده .

﴿٢٢١﴾ باب المأذون

﴿ فصل : ومن أذن لـ ﴾ مميزه من ﴿ عبد أو صبيه ﴾ أو من هو وصي عليه ﴿ أو سكت[1] عنه في شراء أي شيء ﴾ من الأشياء حال كونه « عالما » أن المميز قد عقد وأن سكوته إجازة وعلم المأذون بذلك الإذن لأنه وكيل والوكيل يشترط علمه ﴿ وصار ﴾ ذلك المميز ﴿ مأذونا ﴾ في ذلك الذي أذن له فيه أو سكت عنه وصار أيضاً مأذونا ﴿ في شراء كل شيء ﴾ غير ذلك ﴿ وبيع ما شراه أو عومل ببيعه ﴾ يعني استؤجر عليه بمضاربة او استئجار . فلو أذن السيد لعبده في التجارة في جنس من الأجناس كان ذلك إذناً في شراء سائر الأجناس وبيع ما شراه وإذنا في إجارته حتى إن له أن يؤجر نفسه . أما الصبي فليس له أن يكرى أو يؤجر من مال نفسه أو وليه إلا بإذن خاص .

﴿ فرع ﴾ وإذا أذن الولي لمميزه بالتصرف فإن كان في مال المتميز اعتبرت المصلحة وإن كان في مال غيره فطلقا لكن إن تناول الإذن البيع فلا عموم وإن تناول الشراء أفاد العموم كما هو منطوق الأزهار والبيان .

و ﴿ لا ﴾ يجوز له ﴿ غير ذلك ﴾ فليس له أن يبيع شيئاً لم يشتره ولا عومل ببيعه ﴿ إلا بخاص ﴾ أي إلا بإذن خاص من سيده ﴿ كبيع نفسه ﴾ أي العبد ﴿ ومال سيده ﴾ فليس له أن يبيع نفسه ولا مال سيده إلا بإذن يخصهما نحو أن يقول وقد أذنت لك تبيع مالي أو تتجر في مالي أو نحو ذلك .

﴿٢٢٢﴾ ﴿فصل﴾

﴿ وللمأذون ﴾ في التجارة ﴿ كل تصرف جرى العرف لمثله بمثله ﴾ نحو أن يبيع

---

(١) إذا كان الشراء لنفسه من طعام ونحوه لالوشرا العبد للسيد أوللغير فلا يكون السكوت إذناً كما لو تزوج لنفسه وسكت السيد اهـ .

بالنقد والمؤجل وأن يزيد فى الثمن وينقص قدر ما يتغابن الناس بمثله ، وله أن يوكل ويرهن ويرتهن . وليس له أن يهدى ولا يضيف ولا يعير الدابة للركوب ولا يهب ولا يقرض ولا يضمن بمال ولا ببدن ولا يسافر إلا إذا جرت العادة بمثل ذلك لمثله صح ولا فرق بين العبد والصغير فى ذلك ﴿ وما لزمه ﴾ أى العبد فى ذلك فهو على ضربين « جناية » و « معاملة » فاما ﴿ بمعاملة ﴾ من بيع أو شراء أو نحوهما برضاء أهله وإذن مولاه ﴿ فدين يتعلق برقبته وما فى يده ﴾ ما لم يكن وديعة أو غصبا ﴿ فيسلمهما ﴾ أى رقبة العبد وما فى يده ﴿ المالك ﴾ وللغرماء البيع للعبد بما لهم عليه ﴿ أو ﴾ يسلم ﴿ قيمتهما ﴾ للغرماء أو يسلم أحدهما وقيمة الآخر والخيار فى كل ذلك لمولاه ، وأما الصغير ففى ذمته أو ماله لأنه متصرف عن نفسه لا عن وليه .

﴿ و ﴾ يجوز ﴿ لهم ﴾ أى الغرماء ﴿ استسعاؤه ﴾ بجميع الدين ثم يرجع إلى المالك بعد الوفاء ، وإن شاءوا استسعوه بالقدر الزائد ثم يباع ببقية الدين ونفقته من كسبه ، وتكون ولاية البيع وكذا الاستسعاء إلى السيد أو الحاكم إن تمرد من تسليمه أو قيمته . وهذا ﴿ إن لم يفديه ﴾ المالك إذ لو فداه فليس لهم بيع ولا استسعاء ولكن يقدر كم يستفديه المالك : فالذى صحح للمذهب أنه « بالأقل من قيمته أو الدين والزائد على القيمة إلى الدين يكون « فى ذمة العبد » ﴿ فإن هلك ﴾ العبد قبل إختيار الفداء أو تلف ما فى يده ﴿ لم يضمنه ﴾ السيد ﴿ ولو ﴾ كان قد طولب بتسليمه فتمرد ثم هلك ﴿ بعد تمرده ﴾ فإن كان فى يده مال تعلق به دين الغرماء ﴿ وإن استهلكه ﴾ أى استهلك السيد ذلك العبد وقد لزمه دين ﴿ فبغير البيع ﴾ كالقتل والعتق والوقف ﴿ لزمته القيمة ﴾ أى لزمه للغرماء الأقل من قيمته وما فى يده وقت الاستهلاك أو الدين ﴿ وبه ﴾ أى وباستهلاكه بالبيع يلزمه القدر ﴿ الأوفى ﴾ للغرماء ﴿ منها ﴾ أى من القيمة ﴿ ومن الثمن ﴾ فإن كان الثمن يوفى الغرماء أو أكثر من القيمة سلمه لهم وإن كانت القيمة توفى الغرماء أو لا توفيهم ولكنها أكثر من الثمن فيسلم القيمة ولا يلزم

السيد إلا ذلك ﴿ ولهم ﴾ أى للغرماء ﴿ النقض ﴾ للبيع بأمر الحاكم ﴿ إن ﴾ كان السيد قد قبض الثمن ثم ﴿ فوته ﴾ مع كونه ﴿ معسراً ﴾ وليس لهم نقض العتق والوقف بل لهم أن يستسعوا العبد إذا كان السيد معسراً ﴿ و ﴾ ما لزم العبد سواء كان مأذوناً أم مكلفاً أم لا ﴿ بغصب ﴾ غصبه على أهله وأتلفه ﴿ أو ﴾ أخذه برضاهم حال كونه مكلفاً غير مأذون لكنه جرى منه ﴿ تدليس ﴾ عليهم بأنه مأذون فى ذلك الشىء وليس بمأذون فإن ما لزمه من هذين الأمرين يكون دين ﴿ جناية ﴾ بمعنى أن العبد جان فى ذلك ولدين الجناية أحكام تفارق دين المعاملة فيها وهى أربعة : ﴿ الأول ﴾ أن الجناية ﴿ تعلق برقبته فقط ﴾ أى لا بما فى يده بخلاف دين المعاملة فإنه يتعلق برقبته وما فى يده ﴿ والثانى ﴾ أن السيد يخير بين إمساك العبد وتسليم الأرش أو تسليم العبد بجنايته لأنها تعلق برقبته ﴿ فيسلمها المالك ﴾ أى يسلم رقبة العبد إن اختار ذلك ﴿ أو ﴾ يسلم ﴿ كل الأرش ﴾ بالغاً مابلغ إذا أحب بقاء العبد له ، وسواء كانت جناية العبد على نفس أم على مال والخيار له فى هذين الوجهين . ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أنه ﴿ يتعين ﴾ الأرش وتنتقل رقبة العبد إلى ملك مولاه فى دين الجناية ﴿ إن اختارها ﴾ أى قال اخترت رقبة عبدى ولو جاهلا كون ذلك استهلاكا، وسواء كان موسراً أم معسراً فيلزمه الحاكم بيع العبد ويقضيه المجنى عليه ، وكذا فى دين المعاملة فهو لا يخالف دين الجناية فى هذا الحكم ﴿ أو استهلكها ﴾ بعتق أو بيع أو وقف أو هبة ﴿ عالماً ﴾ أن عليه دين جناية . ويكون ذلك الاستهلاك كاللفظ بالاختيار فيتعين الأرش ولو جهل أنه يلزمه بالاستهلاك . فإن كان جاهلا للدين لم يكن ذلك اختياراً منه للفداء لكن قد استهلكه فتلزمه قيمته فقط أوالأرش إن كان أقل فإن بقى شىء من الأرش كان فى ذمة العبد يطالب به متى عتق كدين المعاملة، والعبرة بقيمته وقت الاختيار أى الاستهلاك .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أن الجناية ﴿ تلزم ﴾ العبد ﴿ الصغير ﴾ فيضمنها وتتعلق برقبته حيث وقعت بغصب أو نحوه لا لو وقعت بتدليس منه، وإذا لم تقع بتدليس فتلزمه بخلاف دين المعاملة فإنه لا يلزمه لأن من عامل الصغير فقد وضع ماله فى مضيعة . وكذا الصبى الحر حيث غصب لا حيث دلّس .

وهذه الأحكام الأربعة فى دين الجناية ﴿ عكس ﴾ دين ﴿ المعاملة ﴾ ما عدا الحكم الثالث فيتفقان كما تقدم .

﴿ و ﴾ إذا باع السيد عبده وعليه دين معاملة ودين جناية لم يخص بثمنه أحدهما بل يحصص بينهما ﴿ ويستويان فى ثمنه ﴾ ولو زاد الثمن على القيمة[1] . وأما ما كان فى يده فيختص به دين المعاملة . ﴿ و ﴾ إذا كان عليه دين وعلى سيده دين كان ﴿ غرماؤه أولى به ﴾ وبثمنه وبما فى يده ﴿ من غرماء مولاه ﴾ لأنه كالرهن معهم . ﴿ ومن عامل ﴾ عبداً أو حراً ﴿ محجوراً ﴾ نوع معاملة نحو أن يضاربه أو يودعه أو يستأجره ﴿ عالماً ﴾ بحجره ﴿ أو جاهلا لا لتغرير ﴾ من العبد ﴿ لم ﴾ يكن له أن ﴿ يضمن الكبير ﴾ ولا يطالبه بما لزمه عن تلك المعاملة ﴿ فى الحال ﴾ وإنما يطالب العبد به إذا أعتق وسواء أتلفه بغير رضا أربابه كمال المضاربة أو برضائهم كالقرض ﴿ ولا ﴾ يضمن ﴿ الصغير مطلقاً ﴾ لا فى الحال ولا بعد عتقه ﴿ وإن أتلف ﴾ أى لو أودع الصبى وأتلف المال لم يضمنه متى عتق لأن صاحب المال سلمه إلى مضيعة .

﴿٢٢٣﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ ويرتفع الاذن ﴾ للعبد مطلقاً والصبى المميز الحرّ ﴿ بأحد أمور ستة ﴾ ﴿ الأول ﴾ ﴿ بحجره العام[2] ﴾ لجميع التصرفات وكذا لو أطلق الحجر كان عاماً

---

(١) وفى ذلك تفصيل لا حاجة لإيراده لقلة وقوع ذلك اهـ

(٢) شاهراً لا إذا كان سراً فيكون حجراً فى حق من علم لا من جهل كما يأتى اهـ

لا لو حجره عن شيء مخصوص لم يرتفع الإذن إلا فى لك الشيء دون غيره . فإن حجر الحاكم على السيد أو على ولى المتصرف فى مال وليه صار العبد والصبي محجورين بذلك ما لم يكن على أيهما دين معاملة فإن كان فله قضاؤه ولا يدخل فى حجرى السيد أو الولى . ﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ ﴿ بيعه ونحوه ﴾ فإذا باعه سيده جميعه أو بعضه أو نقله عن ملكه بأى وجه ارتفع إذنه ولو عاد إلا ملكه بما هو نقض للعقد من أصله، فلو باعه وكان الخيار له أو له والمشترى لم يرتفع الإذن . ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ عتقه ﴾ فإذا أعتقه السيد ارتفع الأذن وكذا لو كاتبه أو وقفه على غيره ارتفع الأذن لا لو دبره أو أجره أو رهنه فإن ذلك لا يرفع الأذن وكذا الاستيلاء لا يرفع الأذن . ﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ إباقه ﴾ وكذا جنونه وردته مع اللحوق ﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ ﴿ غصبه ﴾ فإذا غصبه على سيده غاصب ارتفع الأذن كما لو أبق فيصير محجورا ﴿ حتى يعود ﴾ من الإباق أو الغصب ، فإذا عاد إلى سيده رجع مأذونا ﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ يرتفع إذن العبد ﴿ بموت سيده ﴾ وإذن المميز بموت وليه لأنه قد انتقل ملكه .

﴿ والجاهل ﴾ لحجر المأذون ﴿ يستصحب الحال[1] ﴾ فى الحجر فقط فمن علم أن العبد أو المميز مأذونا ثم وقع الحجر ولم يعلم به بقى حكم معاملته فى استصحاب الحال حكم معاملة المأذون فى الجواز والتعلق برقبة العبد وما فى يده والقول قوله فى عدم العلم .

﴿ وإذا وكل ﴾ العبد ﴿ المأذون ﴾ له فى التجارة ﴿ من يشتريه ﴾ من سيده ﴿ عتق فى ﴾ العقد ﴿ الصحيح بالعقد ﴾ نفسه وهو مجرد شراء الوكيل وإن لم يقبضه ﴿ وفى ﴾ العقد ﴿ الفاسد ﴾ لا يعتق بمجرد العقد الفاسد وإنما يعتق ﴿ بالقبض ﴾ والمعتبر قبض الوكيل بإذن السيد لأن الحقوق تتعلق بالوكيل ، فإذا أمره الوكيل

(١) فى المعاملات كما هنا لا فى الاعتقاد والأخبار فلا يستصحب الحال كما تقدم آخر فصل (٢١٣)

بأى تصرّف كان قبضاً ، وكذا لو أمره بقبض نفسه ، ثم تصرف أى تصرف ولو بالقيام صح القبض . ﴿ و ﴾ إذا صح شراء الوكيل له وعتق بالعقد أو بالقبض فإنه ﴿ يغرم ﴾ العبد ﴿ ما دفع ﴾ الوكيل من مال سيده فهو من مال السيد صار إليه فيبقى الثمن فى العقد الصحيح ، أو القيمة فى الفاسد فى ذمة الوكيل يرجع بها السيد عليه والوكيل يرجع على العبد ﴿ و ﴾ إذا عتق المأذون بذلك الشراء كان ﴿ الولاء للسيد ﴾ كما لو كاتبه .

﴿ و ﴾ أما ﴿ المحجور ﴾ إذا وكل من يشتريه فإنما يعتق ﴿ بإعتاق الوكيل إن شاء ﴾ اعتاقه وإلا بقى رقيقاً لأن توكيله باطل وصح الشراء للوكيل ، وهذا إذا لم يضف إلى الموكل ، فإن أضاف صار العقد موقوفاً على إجازة العبد . ﴿ و ﴾ إذا أعتقه الوكيل ، وكان المال الذى دفعه هو من مال السيد فإنه ﴿ يغرم ﴾ لسيده الأول ﴿ مادفع ﴾ من ماله وهو الثمن ﴿ بعده ﴾ أى بعد العتق لأن ما غصبه بعد العتق يضمنه . وتفصيل ذلك على الوجه الصحيح للمذهب أن يقال: إن ما أخذه العبد قبل أن يملكه السيد الآخر فلا يطالب به لأنه لايثبت للسيد على عبده دين وما أخذه بعد ملك السيد الثانى له فدين جناية كما تقدم ، فإن أخذه بعد العتق كان حكمه حكم الغصب ﴿ والولاء ﴾ فى هذه الصورة ﴿ له ﴾ أى للوكيل لأنه المعتق .

﴿٢٢٤﴾ باب المرابحة

﴿ هى ﴾ عقد يوجب ﴿ نقل المبيع بالثمن الأول ﴾ الذى اشترى به ﴿ وزيادة ﴾ على ذلك ، وهى الربح الذى يريد أن يربحه ﴿ ولو ﴾ كانت الزيادة ﴿ من غير جنسه ﴾ يعنى من غير جنس الثمن ﴿ أو ﴾ نقل ﴿ بعضه ﴾ يعنى بعض المبيع ﴿ بحصته ﴾ من الثمن ﴿ وزيادة ﴾ على تلك الحصة .

والمرابحة تكون على أحد وجهين : إما فى جميع المبيع، وإما فى بعضه : فإن كانت

فى جميعه فذلك ظاهر . وإن كانت فى بعضه والمبيع مختلف نحو أن يشترى ثوبين مختلفين والثمن غير متميز . فإن الطريق إلى معرفة ثمن البعض أن يقوم البعض الذى ستكون المرابحة فيه على انفراده ثم الباقى كذلك ثم تضم القيمتان ثم ينسب ثمن المرابحة فيه إلى مجموع القيمتين ، فما أتى رابح بحصته من الثمن ، مثاله : أن يكون ثمن الثوبين ثلاثين درهما ويريد أن يرابح فى الأدنى منهما ، فإذا قوم الأدنى بخمسة عشر درهما ، والأعلى بثلاثين صارالمجموع خمسة وأربعين درهما ، فنسبة قيمة الأدنى إلى ذلك هى ثلث فتكون حصته من الثمن الثلث وذلك عشرة ، فعند المرابحة تكون الزيادة على العشرة ، وأما إذا كان المبيع موزونا أو مكيلاً أو مذروعاً أو معدوداً مستويا فلا يحتاج إلى تقويم ، وكذا لو كان الرابح فيه بعضا مشاعا أو كان بعضه متميزاً فلا يحتاج إلى تقويم ، وهذا إذا لم يقصد الحيلة كان يشترى كل ثوب بدينار ويرابح فى الأدنى ويبين وإلا فلا يجوز لأنها حيلة .

وتكون المرابحة إما ﴿ بلفظها ﴾ إذا جرى به عرف نحو رابحتك هذا برأس مالى وهو كذا وزيادة كذا ﴿ أو لفظ البيع ﴾ كبعت منك هذا برأس مالى وهو كذا وزيادة كذا ، وتصح أيضا بلفظ التولية[1] مع جرى العرف به .

﴿ و ﴾ أما ﴿ شروطها ﴾ فهى ﴿ أربعة ﴾ :

﴿ الأول ﴾ : ﴿ ذكر كمية الربح ورأس المال ﴾ نحو بعت منك هذا برأس مالى وهو كذا وزيادة كذا ، فلا بد من ذكر الكمية ﴿ أو معرفتهما ﴾ إياها أى إذا لم تذكر فلا بد أن تكون معروفة عند البيعين ﴿ أو ﴾ عند ﴿ أحدهما ﴾ فمهما كانا عارفين لها معا صح وإن جهلاها معا لم يصح ، فإن جهل المشترى وعرف البائع صح والمشترى الخيار ، وإن جهل البائع وعرف المشترى صح ولا خيار .

ولا بد أن تكون معرفتهما أو أحدهما ﴿ إياها حالا ﴾ أى حال العقد نحو أن

(١) والتولية هى البيع برأس المال بدون زيادة . وستأتى اه .

يكون الثمن قد عرف ﴿ تفصيلا ﴾ كمائة درهم أو مائة مدّ أو نحو ذلك ﴿ أو ﴾ يكون قد عرف ﴿ جملة ﴾ حال العقد ثم ﴿ فصلت ﴾ الجملة بعد العقد أو بعد الافتراق عن المجلس. وقد مثل الإمام لما يعرف جملة ثم تفصيلا بقوله ﴿ كبرقم صحيح ﴾ أى كأن يكون قدر الثمن قد رقم برقم ثم وقع البيع على ما فى الرقم وهما لا يعلمانه تفصيلا فانه يصح ولكن لا بد أن يكون الرقم صحيحاً نحو أن يكون الراقم له أحدهما أو غيرهما ممن يثقان به كما قد اعتيد رقم الصكوك لدى كتاب معتبرين وذكر قدر الثمن فيها فإذا وقع البيع على ما فيها صح ولكن لا بد أن يكون الرقم مما يمكن أن ﴿ يقرأ ﴾ عربياً أو عجمياً أو علامة يعرف بها الثمن فلو ذهب أو انطمس أو صار لا يمكن الاطلاع عليه كان كما لو لم يرقم فلا يصح البيع .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثانى ﴾ ﴿ كون العقد الأول صحيحاً ﴾ فلا تصح المرابحة فى فاسد إذ لا يملك فيه إلا بالقيمة وهى مجهولة لاختلاف المقومين وحينئذ يكون الثمن غير معلوم . قال فى الفتح : « إلا بعد تقدير القيمة » وبيانها قدراً وصفة برضى البائع « أو حكم الحاكم » بصحة الفاسد صحت المرابحة إذ قد ارتفع الجهل وعرف ما يسلمه المشترى » .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثالث ﴾ كون ﴿ الثمن مثلياً ﴾ حتى يسلم مثله ﴿ أو قيمياً ﴾ قد ﴿ صار إلى المشترى ﴾ الثانى ﴿ورابح فيه﴾ مثاله : أن يكون لعمرو كتاب فيشتريه زيد بثوب ثم يبيع زيد الكتاب الذى قد صار إليه فيشتريه بكر ثم يريد بكر أن يشترى الثوب الذى قد صار لعمرو ويكون ثمنه الكتاب المذكور وزيادة فيصح أن يرابح بالكتاب لأنه لا جهالة حينئذ إذ أنه يرابحه بعين ذلك القيمى وزيادة . وقد سمى القيمى هنا ثمناً مجازاً إذا القيمى يكون مبيعاً دائماً . ﴿ والشرط الرابع ﴾ أن يكون عقد المرابحة صحيحاً فلا تصح بعقد فاسد كذلك .

﴿٢٢٥﴾ ﴿فصل﴾

فى ذكر أحكام المرابحة . ﴿و﴾ ﴿اعلم﴾ أن على من أراد أن يبيع شيئاً مرابحة فلا بد لجواز ذلك أن ﴿يبين﴾ البائع ﴿وجوبا﴾ للمشترى أموراً ليذهب الخداع وتجوز المرابحة لا لتصح فليس البيان شرطا للصحة « فمنها » : ﴿ تعييبه ﴾ أى تعيب المبيع سواء كان العيب متقدماً أم حادثاً من فعله أم من فعل غيره ولو بآفة سماوية باقياً أم قد زال . ﴿ و ﴾ « منهـا » ﴿ نقصه ﴾ إذا كان قد انتقصت صفته معه .أما لو نقص قدره فيرابح فى الباقى بحصته من الثمن فلو بين ما نقص من قدره ورابح فى الباقى بجميع الثمن جاز . ﴿ و ﴾ « منها » ﴿ رخصه ﴾ الأولى «غلاؤه» إذا كان يوم الشراء غالياً وقد صار رخيصاً عند المرابحة فعليه أن يبين غلاءه . ﴿ و ﴾ « منهـا » ﴿ قدم عهده ﴾ أى أن له مدة طويلة منذ شراه وهـذا إذا كان لتقادم العهد تأثير فى انتقاص ثمنه . ﴿ و ﴾ « منها » ﴿ تأجيله ﴾ إذا شراه بثمن مؤجل على وجه لا يقتضى الربا فلو أجـله مثل ذلك الأجل لم يجب البيان وهذا حيث لم يكن للأجل تأثير إذ لو كان له تأثير فلا تصح المرابحة . ﴿ و ﴾ « منها » أن يبين أن ﴿ شراءه ممن يحابيه ﴾ نحو أن يشترى من ولده ووالده أو نحوهما ممن لا يكره له الزيادة فى الثمن .

﴿ تنبيه ﴾ إذا لم يبين المشترى الأول لمن يرابحه جميع ما تقدم ذكره كان عاصياً بذلك وينعقد البيع ويثبت الخيار للرابح فى جميع ما تقدم .

﴿ و ﴾ من اشترى شيئا بثمن ثم حط عنه البائع بعضه لم يجز له أن يرابح به إلا و ﴿ يحط ما حط عنه ولو ﴾ حصل الحط ﴿ بعد العقد ﴾ أى بعد عقد المرابحة حصل حط البائع الأول . وهذا إذا كان الحط قبل قبض الثمن وكان بلفظ الحط أوالإبراء أو الإسقاط أو الإحلال لا لو كان بعد قبض الثمن أو كان بلفظ الهبة أو نحوها فإنه

يرابح بالكل، وكذا لو كان الإبراء من الكل فلا يلحق بالعقد وله أن يرابح برأس المال وزيادة ولا يلزمه الحط .

﴿ وتكره ﴾ المرابحة ﴿ فيما اشترى بزائد ﴾ على قيمته ﴿ رغبة ﴾ فيه والكراهة للحظر مع عدم التبيين لكنه ينعقد البيع ويثبت الخيار مع الغبن .

﴿ ويجوز ﴾ للمشترى الأول ﴿ ضم المؤن ﴾ التى غرم فيها كالقصارة والخياطة والكراء وأجرة السمسار وكسوة العبد ونفقته سواء كانت للنماء أم للبقاء، ولكن عليه أن يقول قام على بكذا ليكون أبعد عن الكذب ولا يقول اشتريته بكذا . نعم ؛ ويجوز له ضم المؤن كما تقدم ولو تولاها بنفسه فإنه يضم المعتاد وكذا ماتبرع به له أن يضمه، وكذا يجوز له أن يضم ما سلم من الجِبَى ولو كان زائداً على المعتاد . وقول الإمام عليه السلام ﴿ غالباً ﴾ يحترز مما غرمه البائع على نفسه من ضيافة وغيرها ومن غرامة الدواء لذى الشجة الحادثة بعد العقد فإنه لا يضم ما غرم، وكذا ما استفداه به من اللصوص إلا إذا بين ذلك جاز، فأما لو أخذ أرش الشجة فإنه يسقط بقدرها من الثمن .

﴿ مسئلة ﴾ لو حدث مع المشترى فوائد أصلية أو فرعية لم يمنع استهلاكها من المرابحة فى أصل المبيع إذ هى نقل المبيع بالثمن الأول وزيادة وقد حصل ولا يلزمه تبيين ذلك .

﴿ ومن ﴾ اشترى شيئا فى بلد بموزون يخالف موزون بلد المرابحة و ﴿ أغفل ذكر ﴾ نوع ﴿ الوزن ﴾ عند المرابحة كأن قال اشتريت منى برأس مالى وهو كذا رطلا وزيادة كذا رطلا ولم يذكر مقدار الرطل كذا أواقا ، فإذا كان رطل البلدين مختلفا ﴿ اعتبر فى وزن رأس المال بموضع الشراء وفى ﴾ وزن ﴿ الربح بموضعه ﴾ أى بوزن موضع الربح ، ويكون للمشترى الخيار حيث جهل عند العقد أن وزن رأس المال يخالف وزن الجهة . فلو اشترى سلعة من الهند بموزون أو مكيل أو مذروع

أوممدود[١] وباع السلمة فى اليمن كان رأس المال باعتبار مقادير الهند والربح باعتبار مقادير اليمن وللمشترى الخيار لو جهل، وكذلك لو كان الاختلاف فى النقد[٢] .

﴿ واعلم ﴾ أنه إذا اشترى رجل ثلث دار بألف وآخر اشترى ثلثها بألف ومائتين وآخر اشترى ثلثها بألفين ثم باعوها جميعاً مرابحة بربح ثلاثمائة مثلا . فإن لكل واحد منهم من رأس المال بحسب ما دفع ﴿وهو﴾ أى الربح يكون تقسيمه ﴿ بين الشركاء﴾ فى البيع ﴿حسب الملك﴾ أى بقدر الحصص فى المبيع فيكون لكل واحد من الربح مائة فى هذا المثال لأن الربح ﴿ لا ﴾ يقسم حسب ﴿ الدفع ﴾ أى لا يعطى من الربح بقدر مادفع من رأس المال . وهذا حيث كان المبيع بربح كذا بدون تخصيص، فأما لو كانت المرابحة على كل مائة خمسة دراهم مثلا فإن تقسيم الربح يكون على حسب الدفع لكل مائة خمسة دراهم . ﴿ وللكسر ﴾ من رأس المال ﴿ حصته ﴾ من الربح. فإذا كان لأحد من الشركاء من رأس المال مائة وعشرون فإن للمائة خمسة وللعشرين درهما واحداً فى هذ المثال .

﴿ مسئلة ﴾ ويجوز بيع المخاسرة كالمرابحة وهى أن يبيع بناقص عن رأس ماله فيقول بعتك كذا على مخاسرة كذا أو برأس مالى ونقصان كذا فيصح ولو باع إلى البائع منه ما لم يقصد الحيلة للتوصل إلى الربا فلا يصح مع قصد الحيلة كما تقدم .

﴿ فرع ﴾ ويكون الخسر بين الشركاء بحسب الدفع لا بحسب الملك لئلا تستغرق حصة أحدهم : مثاله أن يشترى رجل نصف السلمة بثلاثين درهما، والآخر يشترى نصفها بعشرة ثم يبيعانها على مخاسرة عشرين فإن الخسر يكون بينهما أرباعا فيعطى الذى دفع الثلاثين خمسة عشر والذى دفع العشرة يعطى خمسة لأنه دفع ربع رأس المال

---

(١) كأن يكون عدد الكورجة فى الهند مخالفا لعددها باليمن مثلا اه .

(٢) حيث كان الريال أو الجنيه بالهند غيرهما فى اليمن اه .

فيكون عليه ربع الخسر ، فلو قسم الخسر على حسب الملك لكان عليه عشرة وهى جميع ماله ولذا كانت المخاسرة على خلاف المرابحة .

﴿٢٢٦﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿والتولية كالمرابحة﴾ فى جميع ما مر ﴿إلا أنها﴾ بغير زيادة بل ﴿بالثمن الأول فقط﴾ وتنعقد التولية بلفظ البيع وينعقد البيع بلفظ التولية فى بابها، وأما فى غير بابها فلا ينعقد إلا أن يجرى عرف بأن لفظ التولية يفيد التمليك . مثال التولية : أن يقول وليتك ويقبل الآخر ولو لم يذكر الثمن لأنه فى حكم المنطوق به كما فى الإقالة ولكن مع معرفتهما القدر أو أحدهما لأن حكمهما حكم المرابحة فى معرفة قدر الثمن وجهله وفى مسئلة الرقم وغير ذلك مما تقدم . ﴿ و ﴾ فى أنه ﴿يجوز ضم المؤن﴾ فيها إلى رأس المال ﴿ كما مر﴾ وقد خص الإمام ضم المؤن بالذكر لئلا يتوهم من قوله فقط أنها لا تضم .

﴿ والخيانة﴾ إذا وقعت من البائع على المشترى ﴿فى عقدهما﴾ أى فى عقدى المرابحة والتولية وكذلك فى عقد المخاسرة ، والخيانة فى العقد هى عدم التبيين لأى أمر مما تقدم فى أول الفصل السابق كما لو اشترى ذلك المرابح فيه بأكثر من قيمته رغبة فيه ولم يبين أو اشتراه مؤجلا ثم باعه معجلا أو قد تعيب عنده أو قد نقص أو كان شراؤه ممن يحابيه كولده أو قد تقدم عهد المبيع ولم يبين أى هذه الأمور المشترى فإن ذلك خيانة ﴿ توجب الخيار ﴾ للمشترى ﴿ فى ﴾ المبيع ﴿ الباقى ﴾ إما أن يرضى بذلك ولا أرش أو يفسخ « ولا أرش فى » المبيع « التالف ولو بعضه » فيمتنع رد الباقى وإن أثم البائع لعدم البيان « إلا العيب » فمهما انكشف أن فى المبيع عيبا ولو من البائع الأول فإنه يفصل فيه كما مر فى خيار العيب بفصل «٢١٢» .

﴿ وحاصل ذلك ﴾ إن كان المعيب باقيا جميعه ثبت الخيار ولا أرش، وإن تلف

بعضه ثبت فى الجميع الأرش وامتنع رد الباقى لئلا تفرق الصفقة على البائع ، وإن تلف جميعه ثبت الأرش مع الجهل لا مع العلم .

﴿ فرع ﴾ فلو حصلت فوائد للمبيع فى خيار الخيانة وفقد الصفة فإنها تكون كما فى خيار الشرط يجب ردها ولو بغير حكم .

﴿ و ﴾ الخيانة ﴿ فى الثمن و ﴾ فى ﴿ المبيع و ﴾ فى ﴿ المساومة ﴾ هى ﴿ كذلك ﴾ أى حكمها كالخيانة فى عقدى المرابحة والتولية فى أنها توجب الخيار للمشترى كما تقدم.

﴿ فالخيانة فى الثمن ﴾ نحو أن يشترى شيئا بعشرة ثم يقول بعته منك برأس مالى وهو خمسة عشر ﴿والخيانة فى المبيع﴾ نحو أن يشترى شيئا ويستهلك بعضه ويرابح فى الباقى بثمن الجميع موهماً أنه لم يذهب منه شىء، أى لم يبين ما قد ذهب منه .

﴿ والخيانة فى المساومة ﴾ وهى البيع حيث لم يأت بلفظ التولية ولا المرابحة ولا لفظ رأس المال . والخيانة فيها اما من البائع أو من المشترى ﴿ فالخيانة من البائع ﴾ اما فى الثمن أو فى المبيع ففى الثمن نحو أن يوهم البائع المشترى أن رأس مال السلعة خمسة عشر وهى عشرة فيقول بعت منك بخمسة عشر ولم يقل رأس مالى ، وفى المبيع نحو أن يقول البائع للمشترى إن الصبرة عشرة أمداد وهى أقل ثم يبيعها منه جزافا ففى هاتين الصورتين البيع صحيح غير أن البائع عاص بالغرر .

﴿ والخيانة من المشترى ﴾ إما فى الثمن أو فى المبيع : ففى الثمن نحو أن يوهم البائع أن الذى فى يده من الدراهم خمسة عشر وهى عشرة فيقول اشتريت منك هذا بهذه التى فى يده فيقول بعت . وفى المبيع نحو أن يعزل من الرمان خمس عشرة حبة ثم يقول للبائع بعت منى هـذه العشرة التى قد عزلتها بعشرة دراهم فيقول بعت ، فهذه صور أربع فى الخيانة فى المساومة وقد تقدمت صورتا الخيانة فى الثمن وفى المبيع. وفى جميع هذه الثلاثة لمن وقعت عليه الخيانة الخيار مع بقاء المبيع إما أن يرضى بتلك الخيانة أو يفسخ كما مر ﴿ و ﴾ لـكن يجب فى هـذه الثلاثة ﴿ الأرش فى التالف ﴾ وليس

بأرش حقيقة فحيث الخيانة من البائع فى الثمن يرد الخمسة الزائدة على الثمن للمشترى ، وفى المبيع يرد من الثمن بقدر ما نقص من المبيع . وحيث الخيانة من المشترى اما فى الثمن فيلزم أن يوفى الثمن إلى قدر ماذكر أنه فى يده . وأما فى المبيع فعليه أن يسلم قيمة الخمس الرمانات الزائدة للبائع ، فلو تلف بعض المبيع ثبت الأرش فى الباقى والتالف ويمتنع الرد .

﴿واعلم﴾ أنه إذا وقعت الخيانة فى المرابحة من البائع فى الثمن مع التالف يرد الزائد من الثمن ، وأما الربح فيطيب له كله إلا إذا كانت المرابحة على كل قدر من الثمن قدره من الربح لزم حينئذ أن يسقط من الربح بقدر ما يسقط من الثمن بسبب الخيانة .

﴿٢٢٧﴾ باب الاقالة

الإقالة على جهة الإجمال لاخلاف أنها مشروعة ، لما ورد عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته»[1] رواه أبو داود وابن ماجه وصححه ابن حبان والحاكم وهو عنده بلفظ « من أقال مسلما أقال الله عثرته يوم القيمة» . وقد ورد بلفظ « مَنْ أقال نادما » أخرجه البزار ، وفى الباب ما يشده من الأحاديث الدالة على فضل الإقالة . وحقيقتها شرعاً : رفع العقد الواقع بين المتعاقدين .

وأما على جهة التفصيل فعندنا ﴿ إنما تصح ﴾ بشروط ستة :

﴿ الأول ﴾ أن يأتى المقيل ﴿ بلفظها ﴾ وهو أن يقول أقلتك أو قايلتك أو تقابلنا أو لك الإقالة أو لك القيلة أو أنت مقال ، وكذا أقالك الله حيث جرى به

(١) كناية عن اللطف والتثبت يوم القيامة اه .

عرف. وقد جمع السيد صارم الدين ما يعتبر فيـه لفظه مجمعا عليـه أو مختلفا فيه حيث قال :

شهادة شفعة حكم حوالتهم ... مع الإقالة ثم الصرف والسلم
كتابة ثم تكبير وتلبية ... ثم التقارض فيها اللفظ يلتزم

وتصح بالكتابة وبالإشارة من الأخرس والمصمت ومن السكران المميز . فإن أتى بغير[1] لفظها وهو يمكنه النطق به لم تلحقه أحكامها . وأما انفساخ العقد فيصح بما جرى به العرف كقوله أبطلنا العقد أو رفعناه أو فسخناه أو خذ حقك وأنا آخذ حق أو نحو ذلك ولو بلفظ مستقبل ، فمع حصول القبول أو القبض يكون فسخاً ولكن لا يكون بيعا فى حق الشفيع ولا غيره فلا تثبت له الشفعة . فلو ادعى الشفيع أن المقيل أقال بلفظها وقال البيعان تقايلنا بغير لفظها كان القول قوله حيث تصادقا على الإقالة ، بخلاف ما إذا ادعى الإقالة وقال البيعان تفاسخنا فعليه البينة لأن الإقالة صفة على مدعيها البينة .

﴿ تنبيـه ﴾ جرت العادة عند كثير من الناس أن يقول البائع بعت وأنا مقال إلى يوم كذا ، وكذا المشترى قد يقول اشتريت وأنا مقال أولى الاقالة إلى يوم كذا، وقد عرف من قصدهم أن ذلك خيار شرط بلفظ الاقالة لكن إذا كان إلى يوم معلوم كان البيع والشرط صحيحين . فإن قال اشتريت منك وإن سلمت ما عندك إلى يوم كذا فأنت مقال ، فإن كان مراد المشترى الرقبة ولا غرض له إلى الغلة وحدها كان البيع صحيحاً وإن كان مراده الغلة وحدها فهو بيع الرجاء المعروف المتضمن للربا فلا يجوز ولا يصح .

هذا ﴿ واعلم ﴾ أن الاقالة تصح مشروطة بالشروط المستقبلة ولو مجهولة بزمان أومكان كاسيأتى ، ويدخل فى ذلك تعليق الاقالة برد مثل الثمن إلى المشترى أو من يقوم

(١) وهى الوسيلة إلى إسقاط الشفعة قبل الطلب اه .

مقامه وهو بيع الرجاء المعروف. قالوا فيؤخـذ من هنا صحته ما لم يكن فيه ما يقتضى الربا كأن يريد المشترى التوصل إلى الغلة فقط ولا غرض له فى أخـذ رقبة المبيع فإن التبس القصد عمل بالعرف، فإن التبس أولا عرف حمل على الصحة لأن العقد إذا احتمل وجهى صحة وفساد حمل على الصحة « نعم[1] » وحيث يصح تعليقها برد مثل الثمن يكون الحق فيها للبائع، فإن قال لك ولوارثك أو أطلق ورث عنه ذلك الحق .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن تقع الاقالة ﴿ بين المتعاقدين ﴾ الأولى بين المالـكين ولو وكلا فى العقد أو الاقالة . وتصح أن تـكون بين الوليين بمصلحة تحصل لا الوكيل ولا الفضولى فلاتصح منهما الاقالة . وكذا الفسخ أما إذا وكل بالاقالة أو الفسخ صح وإنما لم تصح من وكيل البيع أو الشراء لأنه ينعزل بالفعل الأول فلا بد من توكيل فى الاقالة إذ لا يكفى التوكيل بالعقد . فلو كان العاقد وكيلا لغيره بالبيع أو الشراء صحت الاقالة . وكذا الفسخ ممن وكله لأنه المـالك ولكن ذلك لا يصح من الوكيل لو فعله .

﴿ مسئلة ﴾ ويصح الالتزام بالاقالة أو الفسخ نحو أن يقول ألزمت نفسى الاقالة أو الفسخ لفلان فى كذا وتصح من صبي بلغ فيما باعه وليه قبل بلوغه وكذا من مجنون أفاق ولا يعتبر بقاء الولى . نعم ؛ أما لو مات أحـد المالـكين فلا تصح الاقالة من الوارث ولـكن إذا وصى بالاقالة أو الفسخ لزم الوصى ذلك فإن امتنع ناب الحاكم عن الوصى .

﴿ الشرط الثـالث ﴾ أن تقع الاقالة ﴿ فى مبيع باق ﴾ فلو كان قد تلف جميعه حساً أو حكما لم تصح إلا أن يتراضيا على تسليم القيمة صح ذلك، أما لو تلف بعضه فإنها تصح فى الباقى ويقسم الثمن على قدر القيمة[2] حيث لم تتميز الأثمان، فلو نقص المبيع

(١) من المجموع شرح القاضى عبد الله المنسى رحمه الله اه .

(٢) لعله إذا أمكن تقويم التالف اه .

نقصاناً غير مميز نحو أن تهزل البهيمة أو يذهب بصرها أو نحوها صحت الاقالة إذا هو عين المبيع ولم ينقص منه ما يمكن تقسيط الثمن عليه . وتصح الاقالة فى البعض أيضاً ولو كان جميع المبيع باقياً .

﴿ الشرط الرابع ﴾ أن يكون المبيع على حاله ﴿ لم يزد ﴾ فإن كان قد زاد زيادة حسية لا يمكن فصلها وذلك كالكبر وزيادة الثمن والشجر وصبغ الثوب وقصارته ودبغ الأديم ونحو ذلك فلاتصح الاقالة، وكذا لو زاد ثم عاد إلى حالته الأصلية كما لو هزل بعد الثمن فلاتصح، فلو زاد بعضه دون بعض صحت الإقالة فيما لم يزد ويقسم الثمن على قدر القيمة إذا لم تكن الأعيان متميزة ، فأما لو زاد زيادة معنوية كتعليم الصنعة والشفاء من الألم فلا تمنع الاقالة ، وكذا لو زاد زيادة حسية يمكن فصلها كالصوف والولد والثمر فلا تمنع الاقالة : أما الفسخ فيصح ولو كانت الزيادة مما لا يمكن فصله .

﴿ مسئلة ﴾ من استقال فى شيء ثم وجد فيه عيباً حدث عند المشترى فله رده كما لو اشتراه منه سواء كانت الاقالة بيعاً أو فسخاً إذا الواجب فى الفسخ رد المبيع كما قبض .

﴿ الشرط الخامس ﴾ أن يعتبر فيها القبول من الآخر بعد الإيجاب أو تقدم السؤال أو قبض الآخر ما هو له فى مجلس الاقالة أو مجلس علمها لأن مجلس العلم فى حق الغائب كمجلس اللفظ فى الحاضر ، فلا يصح من الحاضر فى غير مجلسها وكذا من الغائب فى غير مجلس علمه .

﴿ الشرط السادس ﴾ أن تقع الاقالة بعد البيع فلا تصح بعد (قبل) البيع ولو أضيفت إلى بعده . ﴿ نعم ومن أحكام الاقالة وكل فسخ ﴾ أن يرجع المشترى على البائع ﴿ بالثمن الأول فقط ﴾ من غير زيادة ولا نقصان ﴿ ولو سكت عنه ﴾ ولم يذكره عندها لأن الاقالة فسخ فيرجع لكل ما يملك . وهذا حيث يكون الثمن قيمياً باقياً أو مثلياً ولو قد تلف فيرد مثله . أما لو كان قيمياً تالفاً فلا تصح الاقالة لتعذر رد

الثمن وكذا لو نسى الثمن لم تصح أيضاً، وهكذا فى كل فسخ إذا نسى الثمن امتنع الرد لأن من حق الفسخ أن يرد الثمن لا أقل ولا أكثر .

﴿ ويلغو شرط خلافه ﴾ فلو شرط أحدهما فى الاقالة خلاف الثمن وأتى بالشرط على وجه العقد نحو أن يقيله على أن يحط عنه من الثمن كذا أو يزيد كذا فإن هذا الشرط يلغو . ﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو ﴾ شرط خلاف الثمن ﴿ فى الصفة ﴾ نحو أن يكون قد دفع دراهم سوداء فأقاله على أن يرد مثلها بيضاء فإن الشرط يلغو وتصح الاقالة ولا يلزمه إلا الثمن، وهذا إذا أتى بالشرط على جهة العقد فلو أتى به على جهة الشرط المحض كأن يقول إن زدت كذا أو نقصت كذا بطلت الاقالة .

﴿ وهى ﴾ أى الاقالة ﴿ بيع فى حق الشفيع ﴾ يعنى أنها متى حصلت بلفظها فى عقد صحيح كان لمن له سبب أن يشفع المستقيل ولو بطلت شفعته فى البيع لأنها تجدد له حق الشفعة ، وكذلك لو لم يملك السبب إلا بعد البيع قبل الاقالة لأن الاقالة إذا كانت صحيحة وتابعة لعقد صحيح فهى بمنزلة عقد آخر، فلو أقاله وأسقط عنه بعض الثمن كان للشفيع أن يشفع بالمدفوع . وإذا كان مالكا للسبب من قبل البيع ولم تسقط شفعته فى عقد البيع فله أن يشفع بمدفوع من شاء كما لو تنوسخ المبيع ولا يشترط أن تكون الاقالة بعد قبض المشترى لأنهم لا يعتبرون القبض فى حق الشفيع كما سيأتى فى الشفعة[1] إلا فى الصرف والسلم فإن الاقالة فيهما قبل القبض تكون فسخا ولو فى حق الشفيع فلا تصح الشفعة . وصورته أن يكونا شريكين فى السلم أو الصرف فأقال أحدهما المسلم إليه أو المصروف إليه فيشفع الآخر من الشريكين فلا تصح الشفعة فى ذلك لأنها فسخ . أما لو عين المسلم إليه وقت حلول أجله فى شىء مشترك . ثم وقع التقايل فشفع الشريك فالقياس الصحة وليس هذا من الصرف

(١) عند قول الإمام « ولا بالتقابل » فى فصل (٢٤١) اهـ

قبل القبض إذ لو كان من الصرف قبل القبض لما صحت الشفعة فى المبيع قبل قبضه مع أنها تصح .

﴿ واعلم ﴾ أن الإقالة فى العقد الفاسد تكون فسخا ولو فى حق الشفيع فلا تصح الشفعة ولو وقعت الإقالة بعد القبض لأنها فسخ فى الفاسد مطلقا . والإقالة عندنا ﴿ فسخ فى غيره ﴾ أى فى حق غير الشفيع تكون الإقالة فسخاً لا بيعاً ولو كانت تابعة لعقد صحيح سواء وقعت قبل القبض أم بعده ولو فى الصرف والسلم . وحيث إنها فسخ فلها أحكام الفسخ لا أحكام البيع ، وقد ذكر الإمام منها ﴿ سبعة أحكام ﴾ ﴿ الأول ﴾ من أحكامها قوله : ولكونها فسخاً ﴿ فلا يعتبر ﴾ أن يقبل فى ﴿ المجلس ﴾ لأن ذلك إنما يعتبر فى البيع وهذا الحكم إنما يثبت ﴿ فى ﴾ القابل ﴿ الغائب ﴾ عن مجلس الإقالة فيصح له أن يقبلها فى مجلس علمه بها ولو لم يكتب ولو لم يرسل إليه إلا بعده فلا يصح أن يقبل . وهذا بخلاف البيع فإنه إذا أخبر أن فلاناً باع منه كذا لم يصح إلا أن يكتب أو يرسل إليه رسولا ، وهنا يكفى العلم ولو لم يكتب ولم يرسل إليه وهذا هو الفرق بين البيع والإقالة ، وإذا حصلت فوائد فى الوقت الذى بين الإقالة والقبول فتكون للمشترى إذ لا تصح الإقالة إلا بعد القبول . نعم ؛ أما إذا كان حاضراً فى المجلس حال الإقالة فقام من غير قبول كان هذا إعراضا فلا يصح أن يقبلها بعده وإن كانت فسخا .

﴿ والثانى ﴾ إذا وقعت الأقالة من فضولى فحيث إنها فسخ ﴿ لا تلحقها الإجازة ﴾ من أحد البيعين ولا من كليهما وحيث لا يصح أن تلحقها الاجازة فلا شفعة لكن إذا كانت عقداً صحت . وتفصيل ذلك أن الاجازة لا تلحق مطلقاً إذا كانت غير عقد وإن كانت عقداً لحقت مطلقا فى حق الشفيع وغيره .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ حيث إنها فسخ ﴿ تصح ﴾ من المشترى ﴿ قبل القبض ﴾ للمبيع

ولو جعلناها بيعا لم تصح لـكن فى حق الشفيع قد جعلت الإقالة قبل القبض بيعاً وصحت الشفعة كما تقدم . ﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ لو باع المستقيل فحيث إنها فسخ يصح ﴿ البيع ﴾ ولو وقع ﴿ قبله ﴾ أى قبل القبض ﴿ وبعدها ﴾ أى بعد الأقالة ولو جعلت بيعا لما صح إلا بعد القبض. ولما كانت فسخا صح البيع قبله وكذا الهبة والنذر والصدقة تصح أيضا . وإذا تلف المبيع بعد الإقالة وقبل قبض البائع تلف من مال المشترى سواء جعلت بيعا أم فسخا وكذلك فى كل فسخ كان رافعا للعقد من حينه .

﴿ والخامس ﴾ حيث إنها فسخ تصح ﴿ مشروطة ﴾ بالشروط المستقبلة ولو كان الشرط مجهولا بزمان أو مكان إذا حصل الشرط قبل حصول أحد الموانع ويدخل فى الشرط المجهول زمانه تعليق الإقالة برد البائع متى أيسر مثل الثمن إلى المشترى أو ما يقوم مقامه . وهذا هو بيع الرجاء المعروف فى صنعاء اليمن ونواحيها فيؤخذ من هنا صحته ما لم يكن فيه ما يقتضى الربا كما تقدم فى أول الباب .

﴿ والسادس ﴾ حيث إنها فسخ فيصح فيها ﴿ تولى واحد طرفيها ﴾ بالولاية أو الوكالة لا بالفيضلة ، وصورة الولاية أن يبيع رجل من آخر وبعد البيع يجنان فإن وليهما تصح منه الإقالة ، وهذا بخلاف ما إذا جعلت بيعا .

﴿ والسابع ﴾ حيث إنها تصح فسخ فإنه ﴿ لا ﴾ يصح أن ﴿ يرجع عنها ﴾ المبتدى بها ﴿قبل قبولها﴾ من الآخر وسواء كان الآخر حاضراً أم غائبا لأن الرجوع عن الفسوخات لا يصح . وهذا بخلاف مالو جعلت بيعا .

﴿ واعلم ﴾ أن للاقالة حيث إنها فسخ ﴿ أربعة أحكام ﴾ غير ماسبق « منها » اختلاف الصاعين فلا يعتبر فيها ، « ومنها » أنها تصح بماض ومستقبل ، « ومنها » أنها إذا شرط فيها خلاف الثمن جنسا أو صفة أو أكثر لم يلزم ذلك . وتصح الإقالة إذا كان عقداً لا شرطا فلا تصح ، « ومنها » أنه لا يدخلها خيار الرؤية ولا خيار

الشرط ، وأما خيار العيب فيدخل إذا حدث عند المشـترى والبينة عليه أنه حصل عند المشترى .

﴿ ومن أحكام الإقالة ﴾ إذا وقعت ﴿ بغير لفظها ﴾ أو كانت تابعة لعقد فاسد فإنها ﴿ فسخ فى الجميع ﴾ أى فى حق الشفيع وغيره . ﴿ و ﴾ إذا تقابل البيعان فى المبيع بعد مدة ، وقد حدثت فيه فوائد كانت تلك ﴿ الفوائد للمشترى ﴾ سواء كانت بيعاً أو فسخا وسواء جاء بلفظها أم بلفظ الفسخ ، وسواء حدثت الفوائد قبل قبض المشترى أم بعده لأن الإقالة رفع للعقد من حينه ، وسواء كانت الفوائد فرعية أم أصلية متصلة أم منفصلة وقت الإقالة ويلزم بقاؤها للصلاح بلا أجرة إذا كانت زرعا أو ثمراً .

﴿٢٢٨﴾ باب القرض

﴿ اعلم ﴾ أن القرض يستحب عند الحاجة ويجب على القرض والمستقرض عند خشـية التلف أو الضرر حيث للمستقرض مال وإلا وجب سد رمقه ، ويحرم حيث يتضمن الربا. وفيما عدا ذلك مباح وقيل مكروه . نعم ، ومن الأشياء ما يصح قرضه ومنها مالا يصح قرضه ، وقد أوضح ذلك الإمام عليه السلام بقوله :

﴿ إنما يصح ﴾ القرض ﴿ فى مثلى ﴾ كالنقود وكلما قلّ التفاوت فيـه وضبط بكيل أو وزن ﴿ أو قيمى ﴾ وهو ما كثر التفاوت فيه ولم يضبط بكيل ولا وزن ، ولـكن لايصح القرض فيـه مطلقا بل فى قيمى « منقول » فلا يصح فى الأراضى والدور ﴿ جماد امكن وزنه ﴾ ولو لم يوزن عند القرض ، أما الحيوان وما لايمكن وزنه فلا يصح قرضهما . فعلى هـــذا أن القيمى الجماد مهما أمكن وزنه صح قرضه ﴿ لا مايعظم تفاوته ﴾ من القيمى المذكور بأن زاد التفاوت فيما بينه على نصف عشر القيمة ﴿ كالجواهر ﴾ واللآلئ والفصوص والجلود ونحو ذلك ، فإن هذه الأشياء

يعظم التفاوت فيما بينها فى الجودة والرداءة فيصعب ضبطها ليرد مثلها ولهذا لم يصح قرضها ، وكذلك لا يصح قرض الحب إذا سِيس[١] أو ابتل أو قلى ولا العسل والسمن والسليط المغشوش منها ، ولا الحب المخلوط بنوع آخر ، ولا الشعير والعلس المخلوطين، ولا المخلوط بدقاق التبن ، ولا الدراهم والدنانير المغشوشة غشاً غير معلوم لتحقق رد المثل فيما ذكر .

﴿ و ﴾ كذلك لايصح قرض ﴿المصنوعات﴾ التى يعظم التفاوت فيما بينها بالصنعة ﴿ غالبا[٢] ﴾ احترازاً من بعض المصنوعات التى تكون صنعتها يسيرة لا تخرجها عن حد الضبط وذلك كالخبز والفلوس المضروبة من النحاس ، ومن ذلك الثياب والبسط المصنوعة على صفة لايعظم التفاوت بينها فى النقش والصفاقة ، فإذا كانت صنعتها كذلك صح قرضها . ويعتبر فى القرض أن يكون ﴿ غير مشروط بما يقتضى الربا ﴾ نحو أن يقرضه بلا شرط أو يشرط عليه أن يرد له مثله . ﴿ وإ ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن كذلك بل مشروطا بما يقتضى الربا ﴿ فسد ﴾ الأولى « فباطل » نحو أن يقرضه كذا على أن يقضيه فى مكان كذا ، وله منفعة بذلك القرض أو على أن يرد له أكثر مماأقرضه. هذامع الشرط وإما مع الإضمار ، فإن كان المضمر هو الآخذ اضمر أن يزيد فلا تأثير لضميره وإن كان هو المقرض ، فإن كان ضميره أنه يأخذ الزيادة إن حصلت مع أنه لم يقصدها بالإقراض فهذا جائز، وإن كان لايقرض إلا لأجل الزيادة فلايجوز لأن المضمر فى الربا كالمظهر .

﴿ واعلم ﴾ أن من صور الربا أن يكون لرجل دين على غيره فيزيد من عليه الدين شيئاً ليمهله ، أو يكون له دراهم فيقول إن لم تسلمها لوقت كذا كان عليك بكل قدر من الدراهم كذا من الطعام أو من غيره . ﴿ الثانية ﴾ أن يقرض الحب الدفين

(١) أي أكلته السوس اهـ .

(٢) صورة غالبا هى مفهوم ماتقدم اهـ .

المتغيّر أو الذى قد أكلته السوس بحب سليم . ﴿ الثالثة ﴾ أن يكون له دين فيأكل من له الدين مع من عليـه الدين على وجه الضيفة وقد عرف أن ما أضافه إلا لينظره، فأما لو أضافه أو أهدى إليـه مكافأة على الإحسان بإقراضه أو تأجيله بالدين فيما مضى فإن ذلك جائز . ﴿ الرابعة ﴾ أن يقرضه قدراً من الحب ويقول ماطلع من السعر على ذلك القدر فهو لى ولا يقبل منه مثله ، قال المنصور بالله عليـه السلام : قرض الحب والمطالبة به وقت القضاء وإن كان غالياً جائز وأخـذ القيمة بغير زيادة ودفع القيمة بلا محاباة جائز ، وهـذه حيلة فى تجنب الإثم ، وكذلك يجوز إقراض الحب السليم عنـد الخوف عليه من السوس والبلل ونحوه ، ولا يقال بأنه قرض جر منفعة لأن المنفعة هى من غير المستقرض كما لو قصد الثواب فى قرضه فإن فيـه منفعة وهو الأجر . وكذلك يجوز القرض عنـد استواء المنفعتين فى القرض ومن ذلك مايأخذ الشركاء من الزراع وغيرهم.

﴿٣٣٩﴾ ﴿ فصل ﴾

فى أحكام القرض وهى خمسة : ﴿ الأول ﴾ أنه ﴿ إنما يملك بالقبض ﴾ من المستقرض إذا كان القبض بإذن المقرض ولا تـكفى التخلية. ويملك بالقبض ولو قبض بدون إيجاب وقبول لأنه يكفى فيه ماجرى العرف به فى القرض . ولا يصح رجوع المقرض عنه بعد أن يقبضه المقترض . وإذا ملك بالقبض مايغنيه وكان فقيراً فإنه يصير به غنياً وتلزمه زكاته ويلزمه الحج أيضاً إذا صار به مستطيعاً .

﴿ والثانى ﴾ أنه متى قبضه المستقرض ملـكه ﴿ فيجب ﴾ عليـه المقرض ﴿ رد مثله قدراً وجنساً ﴾ ونوعا[1] ﴿ وصفة ﴾ لا فوقه ولا دونه والقول المقترض أنه مثله إذ الأصل براءة الذمة فإن كان القرض بعينه باقياً فلا يجب عليه إلا رد مثله فلو

(١) ولو زاد فى الصفة ، ولا عبرة باختلاف سعره اه .

رده بعينـه جاز ووجب القبول ، أما لو تفاسخا فى القرض الصحيح مع بقاء العين فيجب رد العين للمقرض ..

﴿ والثالث ﴾ أنه يجب على المستقرض الرد ﴿ إلى موضع القرض ﴾ أى إلى الموضع الذى قبض فيه القرض إذ المعتبر موضع القرض .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أنه ﴿ لا يصح الإنظار فيه ﴾ فإذا قال المقرض للمستقرض قد أنظرتك مدة كذا لم يلزمه فإذا طلبه بعد ذلك فوراً وجب رد مثله ولا حكم لانظاره، وسواء أنظره حال القرض أم بعده ، وكذا لو نذر عليه بالتأجيل أو أوصى له به فإنه لايصح ولا يلزمه ولـكن يجوز له الانظار ويستحب الوفاء بما أنظر فيه .

﴿ و ﴾ كذلك لايلزم الانظار ﴿ فى كل دين لم يلزم بعقد ﴾ كأروش الجنايات[1] وقيم المتلفات والغصب لأنه لايدخلها التأجيل وإنما يدخل ويلزم فيما لزم بعقد صحيح كالثمن والمهر والأجرة إذا كان الانظار إلى وقت معلوم لا مالزم بعقد فاسد فلا يصح الانظار فيه ولا يلزمه لو أنظر .

﴿ مسئلة ﴾[2] « الأجل الصحيح حق لمن عليه الدين ولا يبطل بموته ولايصح رجوع المؤجل عنه فإن تبرع من عليـه الدين بتعجيله صح ولزم صاحبه قبوله إذا كان مثل حقه ولم يكن له غرض فى تأخيره إلى أجله . » نعم ؛ وأجرة تسليم القرض على المقرض إذ عليه تمييزه عن ماله وعند القضاء على المستقرض .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أن ﴿ فاسده ﴾ يعنى فاسد القرض كقرض الحيوان أو غيره مما لايصح قرضه يكون حكم ذلك ﴿ كفاسد البيع ﴾[3] من أنه يملك بالقبض وتلزم فيه القيمة ويصح تصرف المستقرض فيه ببيع أو غيره فيمنع رد عينه الاستهلاك الحكمى وتطيب فوائده كما تقدم ، ويجوز الدخول فيه ، ويجوز التفاسخ فيه بالتراضى

(١) إلا الدية اه .

(٢) من البيان اه .

(٣) فى بعض النسخ هنا غالباً ولا فائدة لها اه .

أوبالحكم مالم يمنع مانع فيهما. ويملك القيمي منه بقيمته والمثلي بمثله . أما القرض الباطل وهو الذي يقتضي عقده الربا كما تقدم كأن يقرضه مائة على أن يقضيه مائة وعشرين فهذا أو نحوه باطل لايملك بالقبض ويكون حكمه في يد المستقرض حكم الغصب إلا في الأربعة، غير أنه يجب التصدق بربحه ، وهـذا مع علم المالك ، أما مع الجهل فإنه كالغصب في جميع وجوهه إلا في سقوط الإثم .

﴿ ومقبِض ﴾ بكسر الباء ﴿ السُّفتجة ﴾[1] بضم السين ﴿ أمين فيما قبض ضمين فيما استهلك ﴾ وصورة المسئلة أن يحتاج زيد في بعض المواضع إلى مال وعنده مال لبكر أمانة أو نحوها فيأذن له بكر بالاقتراض من تلك الأمانة ، ثم يطلب أن يقضي بكراً من مال له في بلد آخر ، فيكتب إلى بكر كتاباً بهذا الطلب فيكون زيداً أميناً فيما قبض من المال لأنه قبضه أمانة ويكون ضميناً فيما استهلك منه بنية الاقتراض ، وكذا لو نقله بنية الاقتراض صار ضميناً ضمان قرض بمعنى أنه قد ملكه، فإذا تلف تلف من ماله فلو أضرب عن الاقتراض بعـد أن نقله بنية الاقتراض لم يبرأ من القرض بتركه إلا أن يكون صاحب المال أذن له بالرد إن استغنى عنه فتعود يده أمانة ، ومقبض السفتجة يصح فيـه فتح الباء، وصورة المسئلة أن يكتب عمرو لزيد كتاباً إلى بكر أن يُسلّم له مالا إلى زيد ليوصله إليه ، ويأذن عمرو لزيد بالاقتراض من المال إذا قبضه من بكر، فيكون أميناً فيماقبض ضميناً فيما استهلك كما تقدم فالمسئلتان سيان في الحكم .

﴿ و ﴾ اعلم أن الإذن بالقرض من الأمانة وقضاء المال من بلد آخر كما تقـدم ﴿ كلاهما جائز ﴾ وكذا لو أخذ المـال ابتداء قرضاً أو كتب ابتداء للمقرض كتابا ليأخذ من ماله في بلد آخر فإن كل ذلك جائز ﴿ إلا ﴾ أن يكون القرض ﴿ بالشرط ﴾

---

(١) السفتجة بضم السين كلمة حبشية، وهي اسم الرقعة التي يكتب فيها المقارضة على طريق السفتجة بفتح السين أي المعاملة، كأن تعطي مالا لرجل فيعطيك خطا يمكنك من استرداد ذلك من عميل له في مكان آخر : جمع سفاتج اه .

على أن يقضيه فى البلد الآخر فإذا شرط القرض ذلك لم يجز لأن كل قرض جرّ منفعة فهو ربى، وكذا لو أضمر هذا الشرط لم يجز أيضاً لأن المضمر فى الربا كالظاهر إلا إذا كانت المنفعة للمستقرض فقط جاز ولو شرط ، وكذا لو كانت المنفعة لهما معاً واستوت المنفعتان جاز نحو أن يريد كل واحد منهما نقل ماله إلى بلد الآخر فتقارضا كذلك ليسلما من مؤنة النقل أو خوف الطريق .

﴿٢٣٠﴾ ﴿فصل﴾

﴿ وليس لمن يتعذر عليه استيفاء حقه حبس حق خصمه ﴾ فمن كان له مال عند الغير سواء كان ديناً أم غصباً وكان للغير عنده مال فليس له أن يحبس حق غيره إذا تعذر عليه استيفاء حقه إلا بحكم الحاكم فله أن يحبس ذلك وللحاكم أن يحكم له بذلك عند تمرد غريمه أو غيبته، فإن لم يوجد حاكم فعليه أن يستأذن من يصلح لذلك . ﴿و﴾ من تعذر عليه استيفاء حقه فانه ﴿ لا ﴾ يجوز له أيضاً ﴿ استيفاؤه إلا بحكم ﴾ حاكم ولو كان غريمه موسراً متمرداً ، ولو علم أن استيفاءه بالحكم يثير فتنة فليس له أن يأخذ من مال الغير بقدر حصته ولو كان من جنس ماله إلا بحكم . قال فى حاشية السحولى : « وهذا ما لم يكن الذى عند الغير هو عين حقه وديعة أو غصباً فيجوز له أخذه من غير حكم ولا تراض، فلو لم يمكنه إلا بقتله جاز له قتله إذا لم يجد وسيلة إلى أخذ حقه غير قتله » . وقول الإمام عليه السلام غالبا احتراز من الأجير فإن له حبس العين التى استؤجر على العمل فيها حتى يستوفى أجرته سواء كان أجيراً خاصا أم مشتركا، وكذلك كل عين تعلق بها حق فيجوز لذى الحق حبسها حتى يستوفى ما تعلق بها من الحق كالمبيع قبل تسليم الثمن وكذلك إذا فسخ البيع بعد تسليم الثمن فإن المشترى حبسه حتى يستوفى ﴿ وكل دينين استويا فى الجنس ﴾ والنوع ﴿ والصفة تساقطا ﴾ فان كان على شخص دين قدر عشرين درهما مثلاً وكان له على غريمه مثلها

تساقط الدينان وبرئ كل واحد منهما مهما اتفق مذهبهما سواء تراضيا على التساقط أم لا وسواء اتفق أجل الدينين أم اختلف، فلو كان أحد الدينين أكثر من الآخر مع الاتفاق فيما ذكر فان الزيادة فقط تبقى فى ذمة من هى عليه . وأما إذا اختلف مذهبهما فلا بد من التراضى أو حكم الحاكم .

﴿ مسئلة ﴾ لو أن رجلا استقرض من رجل دراهم والصرف على عشرين درهما بدينار ثم تزايد سعر الدينار لالخفة ولا لغش فى الدرهم فليس عليه إلا مثل تلك الدراهم فان كان تزايد سعر الدينار لغش فى الدراهم أو لخفة لزم المستقرض أن يرد مثل القرض سواء ، فإن عدم فى الناحية لزمت قيمته من الدنانير .

﴿ فرع ﴾ أما الدراهم المتعامل بها الآن سواء كانت خالصة أم كان فيها الغش المعتاد فإنها مع ذلك نافقة متعامل بها فهى مثلية يصح ثبوتها فى الذمة فى جميع عقود المعاملة، فلو كسدت لم يجب على من هى عليه إلا مثلها كسائر المثليات الثابتة فى الذمة، وإنما يرجع إلى صرفها من الذهب حيث عدمت فحينئذ يرجع إلى صرفها كما يرجع بالمثلى إلى قيمته إن عدم مثله . فعلى هذا يرجع إلى صرفها يوم الطلب إن قارن التسليم كما فى سائر المثليات إذا وجبت قيمتها لا إلى صرفها يوم تثبت فى الذمة .

قال الإمام عليه السلام : ﴿والفلوس﴾ وهى العملة المضروبة من النحاس الخالص « قيمية » حيث لا توزن « لكنها » وإن كانت قيمية فحكمها ﴿ كالنقدين ﴾ من عملة الذهب والفضة فى أنها تثبت فى الذمة كما يثبت النقدان وكذا يتساقط الدينان فيهما كما يتساقطان فى النقدين ، ويصح قرضها لإمكان ضبطها بالوزن والصفة ويرد مثلها ولو بطل التعامل ولا تصح الشركة فيها كما سيأتى، وحيث لم تجر العادة بوزنها أيضا فلا يدخلها الربا بالتفاضل ولا يصح البيع بها إلى الذمة ولاجعلها أجرة فى الذمة .

﴿٢٣١﴾ ﴿فصل﴾

فيما يجب رده إلى موضع الابتداء ومايجب رده إلى حيث أمكن . قال الإمام عليه السلام ﴿ ويجب رد ﴾ عوض ﴿ القرض والرهن ﴾ الصحيح : أما الفاسد فهو أمانة ﴿ و ﴾ يجب رد ﴿ الغصب والمستأجر والمستعار ﴾ سواء كان مضمناً أم غير مضمن ﴿ والحق المؤجل ﴾ بعد حلول الأجل ﴿ والمعجل ﴾ ، والمراد الدين الثابت بالعقد سواء كان مؤجلاً أم معجلاً ﴿ والكفالة بالوجه ﴾ وكذا بالمال حيث عين الموضع ﴿ إلى موضع الابتداء ﴾ يعنى أن هـذه الأشياء يجب تسليمها إلى صاحبها إلى منزل ابتـدأ قبضها أو ثبوتها وهذا كله فى قبولها . وأما إذا طالب من له ذلك وجب التسليم ولو فى غير موضع الابتداء ، إذا كان مطلوبه حاضراً وأما إذا كان ماطلبه غائباً فلا يجب إلا إلى موضع الابتداء . وقول الإمام ﴿ غالبا ﴾ احتراز من كفيل الوجه فإنه إذا سلم المكفول به حيث أمكن خصمه الاستيفاء منه برىء من الكفالة مع التمكن كما أنه يبرأ بتسليمه إلى موضع الابتداء ولو لم يتمكن ، ويحترز أيضا من الغصب إذا لم يكن لحمله مؤنة فإنه يبرأ بتسليمه حيث أمكن ويجب على صاحبه قبوله لا إذا كان له غرض فى ترك تسلمه فلا يجب قبوله إلا فى موضع الابتداء .

﴿ مسئلة ﴾ : لا يبرأ من عليه الدين بالتخلية بينه وبين من هو له فلا تكفى التخلية بل لابد من القبول أو القبض . وأما التخلية للمغصوب فتكفى ، وكذا فى كل عين هى من مال المسلم إليه ، أما إذا كانت العين من مال المسلم فلا تكفى التخلية .

﴿ لا ﴾ المبيع ﴿ المعيب ﴾ فلا يجب رده إلى موضع الابتداء بل المشترى رده على البائع أينما وجـده ، وكذلك المردود بخيار رؤية أو شرط أو بغـيرها من الخيارات يكون رده إلى حيث أمكن ، وكذلك المبيع بعقد فاسد إذا فسـخ فلا يعتبر الرد

فى جميع ذلك إلى موضع العقد ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ الوديعة ﴾ إذا مات المالك قبل قبضها وجب ردها إلى حيث أمكن ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ المستأجر ﴾ عليه يجب رده إلى حيث أمكن إلا أن يجرى عرف بخلافه كما فى الأنعام ، فإن الراعى يردها إلى المالك أو إلى المأوى المعتاد . ﴿ و ﴾ كذا ﴿ كل دين لم يلزم بعقد ﴾ كأروش الجنايات وقيم المتلفات يكون تسليمه حيث أمكن . ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ القصاص ﴾ لا يلزم أن يكون فى مكان الجناية بل حيث أمكن الاقتصاص كان لمن هوله إجراؤه . قال الإمام : ﴿ فحيث أمكن ﴾ التسليم لشىء مما تقدم لزم قبوله ولا يلزم تسليم ذلك فى موضع الابتداء[1] .

﴿ وضابطه ﴾ أن ما وجب رده وجب أن يكون الرد إلى موضع الابتداء ومالم يجب رده فله رده إلى حيث أمكن .

﴿ ويجب ﴾ على من له الحق ﴿ قبض كل ﴾ دين أو غيره ﴿ معجل ﴾ أى حيث سلمه وعجله من هو عليه سواء كان مؤجلاً أو حالاً : مما يجب تسليمه إلى موضع الابتداء أم لا ، ولكن لا يلزمه أخذه إلا بشروط خمسة :

﴿ الأول ﴾ : حيث هو ﴿ مساو ﴾ لحقه ﴿ أو زائد ﴾ عليه ﴿ فى الصفة ﴾ ولم يخالف غرضه ، أما لو كان ناقصا قدراً ، أو صفة أو نوعا ، أو زائداً نوعا أو صفة وخالف غرضه فإنه لا يلزمه قبضه ، فلو كان زائداً قدراً فيلزمه أن يأخذ قدر حقه إذا لم يكن لفصله مؤنة والزائد يكون إباحة فيتخير فيه .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن لا يكون قبضه ﴿ مع خوف الضرر ﴾ فى الحال نحو

---

(١) وقد جمع المفتى مايجب رده إلى موضع الابتداء وما لايجب فى قوله :

معار ورهن ثم غصب ومقرض ودين بعقد عاجلا ومؤجلا
كفيل بوجه والمؤجر بعده ، يرد إلى حيث التقابض أولا
وأما اللواتى ردها حيث أمكنت فدين بلا عقد مقود ليقتلا .
كذاك معيب مودع ومؤجر عليه فكن ذا فطنة متأملا

ان يخاف لو قبض حقه أن يأخذه عليه ظالم فحينئذ لايلزمه قبض حقه سواء كان حالا أو مؤجلا . فإن خافا معا فإن كان المسلم من مال الدافع لم يجب القبض وإن كان من مال المدفوع إليه وجب قبضه إلا فى الغصب فلا يلزمه قبضه لو خافا عليه فى الحال أو فى المآل .

﴿ الشرط الثالث ﴾ قوله ﴿ أو غرامة ﴾ فى المؤجل أى وأن لا يكون قبضه مع خوف غرامة تلحقه لو قبض حقه نحو أن تكون له مؤنة إلى وقت حلول الأجل فإنه إذا خشى الغرامة لا يلزمه قبضه وهذا حيث كان الأجل لازماً بالعقد لا بالقرض ونحوه فيجب قبضه ولو لحقته غرامة إلى حلول الأجل .

﴿ الشرط الرابع ﴾ أن لا يخشى عليه الفساد إلى وقت حلول الأجل فإن خشى عليه الفساد وكان مؤجلا لم يلزمه قبضه .

﴿ الشرط الخامس ﴾ أن لا يكون للمالك غرض فى تأخيره إلى وقت حلول الأجل فإن كان له غرض فى تأخيره لم يلزمه قبضه وهذا إذا كان مؤجلا فإن كان غير مؤجل لزمه قبضه ولو كان له غرض فى تأخيره .

﴿ ويصح ﴾ ويجوز أيضاً ممن عليه حق مؤجل أن يعجله لصاحبه ولو ﴿ بشرط حط البعض ﴾ من ذلك الحق المؤجل ، وأما الحق المعجل إذا امتنع من عليه الحق من تسليمه واشترط الإبراء فى البعض أو الحط أو الإسقاط فإنه لا يبرأ مما حط عنه ولو كان الحط بأى ألفاظ التمليك لأنه لا يقابله عوض وانما هو تفاد لحقه فيبقى ما حط عنه فى ذمته إذ الامتناع محرم عليه .

﴿٢٣٢﴾ ﴿ فصـــل ﴾

فى بيان ما يتضيق رده من دون طلب مالكه وما لا يتضيق إلا بالطلب ﴿ ويتضيق رد الغصب ونحوه ﴾ وهى أرُوش الجنايات وقيم المتلفات فوراً ، ولا يحتاج الغاصب

ونحوه إلى مطالبته لأنه في حكم الطالب فى كل وقت فهو متضيق عليه الرد ﴿ قبل المراضاة ﴾ بينه وبين المغصوب عليه ، وكذلك فوائد الغصب وأجرته وكسبه وأرش ما جنى عليه إذا كان مما لا يتسامح به .

﴿ فرع ﴾ ويتضيق رد ما قبض من صغير أو محجور عليه ولو قبض برضاه هبة أو بيعاً لأنه غصب وإن لم يطلب منه ذلك .

﴿ والدين ﴾ وهو ما يثبت فى الذمة برضاء أربابه يتضيق قضاؤه ﴿ بالطالب ﴾ ممن هو له سواء كان غير مؤجل أم مؤجلا وحصل الطالب بعد حلول الأجل وكذا لو قال إذا حل الأجل فأنا مطالب لك بتسليم الدين فإنه يتضيق الرد بعد حلول الأجل ولم يطالبه ، وكذا لو غلب فى ظنه أن صاحبه لا يرضى ببقاء الدين لديه وإنما ترك الطلب سهواً منه أو حياء أو خوفا فإنه يتضيق الرد ولو لم يطلب ، و فى الهدية والرفد ونحوها يتضيق الرد بما فى حكم الطلب وذلك عند ما يحصل مع صاحبه مثلما حصل معه ، وإذا كان الدين لصغير أو مجنون فإنه يتضيق الرد عند الحاجة للدين بدون طلب وإذا لم يحتج له فلا يتضيق إلا بالطلب من الولى .

﴿ فرع ﴾ وإذا كان صاحب الدين قد أشهد عليه فإنه لا يجب قضاؤه إلا مع حصول الشهود ولو كانوا غير الأولين أو فى حضور الحاكم .

قال الإمام ﴿ فيستحل ﴾ أى يطلب الخروج من الإثم ﴿ من مطل ﴾ بعد أن تضيق عليه الرد وهو متمكن من التخلص، ويكفيه الرجوع والتسليم والاعتذار وإن لم يقبل، ولا يحتاج إلى طلب الإبراء من المطول . ﴿ وفى ﴾ تسليم ﴿ حق لله ﴾ تعالى وهو ما ليس لآدمى معين كالزكاة والكفارات ونحوها ﴿ الخلاف ﴾ بين العلماء فى كونه على الفور أو على التراخى . والمختار للمذهب أن حقوق الله تعالى تؤدى على الفور فلا يجوز تأخيرها عند التمكن من فعلها لأن دين الله أحق أن يقضى فيستغفر الله من مطل ويتوب من معصيته .

﴿ ويصح فى الدين قبل القبض[1] ﴾ أى قبل قبضه ممن هو عليه ﴿ كل تصرف ﴾ كجعله ثمنا أو مهراً أو عوض خلع أو غير ذلك « إلا خمسة » أشياء فلا تصح فى الدين :

﴿ أحدها ﴾ ﴿ رهنه ﴾ فلا يصح أن يرهن ممن هو عليه ولا من غيره لأن من شرطه التعيين والقبض .

﴿ و ﴾ ﴿ ثانيها ﴾ ﴿ وقفه ﴾ لأنه تحبيس الرقبة المعينة والدين غير معين فلا يصح .

﴿ و ﴾ ﴿ ثالثها ﴾ ﴿ جعله زكاة ﴾ أو فطرة أو كفارة أو نحو ذلك لأن من شرطها التمليك الحقيق وتمليك الدين إسقاط فلا يصح زكاة أو نحوها إلا إذا وكله بالقبض عنه ثم يقبضه من نفسه عن الواجب صح ولا بد من قبضين عن المال وعن الواجب .

﴿ و ﴾ ﴿ رابعها ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ جعله ﴿ رأس مال سلم ﴾ فإنه لا يصح لأنه يصير من بيع الكالئ بالكالئ[2] . ﴿ و ﴾ جعله رأس مال ﴿ مضاربة ﴾ أو شركة فإنه لا يصح .

﴿ و ﴾ ﴿ خامسها ﴾ ﴿ تمليكه غير الضامن ﴾ به فإنه لا يصح لأنه تمليك لمعدوم . أما الضامن به فيصح تمليكه إياه سواء كان هو الذى عليه الدين أم غيره ممن هو ضامن به ولو كان ضمانه تبرعا لأنه بالضمان صار كأنه فى ذمته ، وسواء ضمن بالمال أم بالبدن . وكذا وارث من عليه الدين فى حكم الضامن حيث شرى ما فى ذمة مورثه والتركة موجودة غير مستهلكة ولو شراه بدين لأن الدينين مختلفان فيصح تمليكه الدين قبل قبضه .

﴿ واعلم ﴾ أن غير الضامن وغير من فى حكم الضامن لا يصح تمليكه الدين إذا

---

(١) ولا يسمى دينا إلا قبل القبض فهو قيد واقع لا للاحتراز اه .

(٢) فى القاموس الكالئ النسيئه اه .

كان التمليك ﴿بغير وصية﴾ أو إقرار فى وصية ﴿أو نذر أو إقرار﴾ بنذر ﴿أو حوالة﴾ أو إقرار بحوالة. وأما إذا كان التمليك بأى هـذه الأمور فإن التصرف بالدين فى أى هذه الأشياء صحيح نافذ إلى الضامن به وإلى غيره .

﴿٢٣٣﴾ باب الصرف

﴿هو بيع مخصوص﴾ أى هو إسم لبيع الذهب به والفضة بها أو بيع أحدهما بالآخر سبيكة أو نقداً أو مختلفا « واعـلم » أنه ﴿يعتبر فيـه﴾ « العقد » بإيجاب وقبول[1] ويكونان بـ ﴿لفظه﴾ كصرفت منك هـذا بهذا وكذا بكذا والقابل اصطرفت ﴿أى ألفاظ البيع﴾ « العامة » المفيدة للتمليك : كبعت أو ملكت أو نحو ذلك كما مر لا الخاصـة ببعض البيوعات كالمرابحة والتولية ونحوها فلا يصح بها الصرف .

﴿و﴾ يعتـبر ﴿فى متفقَى الجنس والتقدير﴾ كالذهب بالذهب والفضة بالفضة ﴿ما مر﴾ من الشروط فى الربويات وهى :

﴿الشرط الأول﴾ الحلول وهو أن يكون العقد منبرما لا تأجيل فيه ولا خيار شرط، فإن شرط أحدهما الخيار فسد إلا إذا أبطله قبل الافتراق ويثبت فيه خيار العيب، وكذا خيار الرؤية قبل الافتراق لا بعده ، ويصح موقوفا على الاجازة ولو لم تحصل إلا بعد افتراق المتعاقدين ولـكن لا بد من التقابض قبل الافتراق كما مر ، وكذا فى الوكيلين يعتبر التقابض سواء أضافا أم لا ولا عبرة بالموكلين .

﴿الشرط الثانى﴾ أن يتقابضا قبل افتراقهما ولو طال اجتماعهما قبل التقابض، ولو انتقلا عن المجلس وسارا معا فإنه يصح التقابض ما لم يفترقا ، وهذان الشرطان يعتبران فى الصرف عموما سواء صرف الجنس بجنسه أو بغير جنسه .

---

(١) فى غير المحقر لأن المحقر يكفى فيه المعتاد اهـ .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أنه لا بد من العلم بالتساوى بين المصروفين حال العقد فلا يكفى الظن ولا يكفى العلم من بعد العقد ولو حصل فى المجلس ولو كان المقابل للنقد سبيكة مما لا توزن عادة فلا بد من العلم بالتساوى وهذا الشرط يختص بصرف الجنس بجنسه .

﴿ واعلم ﴾ أنه يشترط الملك لأحد المصروفين حال العقد وهذا بخلاف ما مرّ فى الربويات ولذا استثناه الإمام بقوله: ﴿إلا الملك حال العقد﴾ فلا يشترط هنا فيصح أن يصرف منه دراهم معدومة حال العقد بدراهم كذلك . وسواء فى ذلك صرف النقد بالنقد والسبيكة بالسبيكة ولو اختلف الجنس فيصح العقد بشرط أن يحصل ملكهما والتقابض فى مجلس العقد أو فى غيره قبل الافتراق ، ولا يصح لو قابل السبيكة المعدومة نقد لأنها مبيعة لا بد من وجودها فى الملك حال العقد وتكفى التخلية فى قبضها ولا تكفى فى قبض النقود بل لا بد من القبض الحقيقى .

﴿ فإن اختل ﴾ من الشروط الثلاثة وهى الحلول ، والعلم بالتساوى ، والتقابض قبل الافتراق ﴿أحدها بطل﴾ الصرف فى جميع المصروف ﴿ أو ﴾ فى ﴿ حصته ﴾ حيث يمكن تبعيضه وذلك نحو أن يصرف منه خمسة دنانير بخمسة مثلها ثم ينكشف فى أحد الجانبين دينار ردىء عين فإنه يبطل من الصرف بقدره ، وهذا حيث أتى بلفظ الصرف ولم يعين . أما لو أتى بلفظ البيع وعين صح البيع فى الكل ويكون من مسائل الاعتبار فإن كان غير معين بطل بقدره حيث يكون له قيمة ، وكذلك لو حصل التقابض فى البعض فإنه لا يبطل إلا فيما لم يقبض نحو أن يصرف خمسة بخمسة فيتقابضان أربعة ثم يفترقان فيبطل الصرف فى الخامس .

﴿ ومن أحكام الصرف ﴾ إذا بطل بوجه من الوجوه لم يملك كل منهما ما صار إليه بصرف باطل ﴿ فيترادان ﴾ فيما بطل ﴿ ما ﴾ كان باقياً ﴿ لم يخرج عن اليد ﴾ المراد لم يخرج من الملك ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يكن باقيا بل قد خرج عن الملك ﴿فا﴾ لواجب

رد ﴿ المثل فى النقدين ﴾ ولا يستفدى لأنه لا يتعين ما لم يتساقطا ﴿ و ﴾ رد ﴿ العين فى غيرها ﴾ أى فى غير النقدين كالسبائك والحلىّ إذا كانت باقية لا لو خرجت عن الملك لزم استفداؤها كما فى العين المغصوبة. وهذا ﴿ ما لم يستهلك ﴾ تلك العين فإن كانت قد استهلكت حساً وجب ردّ مثلها مصنوعة فإن كان فيها صنعة لا يمكن ضبطها وجب رد قيمتها من غير جنسها ، وكذا إذا استهلكت حكماً وذلك إذا خلطت بغير جنسها بحيث يتعذر فصلها ، أما لو خلطت بجنسها فلا يتعذر الفصل فتلزم القسمة ويبين مدعى الفضل . ﴿ فإن ﴾ وقع عقد الصرف على وجه باطل كصرف أربعة بخمسة ثم ﴿ أراد تصحيحه ﴾ وإيقاعه على وجه الصحة ﴿ تراداً ﴾ الزيادة إن كانت باقية ﴿ وجدد العقد ﴾ بشروطه المعتبرة على وجه الصحة وحيث كان الخلل لتفرقهما قبل القبض تقابضا قبل الافتراق ولا يشترط قبض كل واحد منهما لما له بل يكفى النقل .

﴿ فرع ﴾ فلو جعلت الفضة آنية لزم رد عينها لأن ذلك ليس باستهلاك ويلزم استفداؤها لو خرجت عن اليد ، وكذا لو جعلت دراهم إلا أنها لا يلزم استفداؤها .

﴿ و ﴾ إن كان أحدهما أو كلاهما قد استهلك ما قبض مع خلل العقد الأول فلا يمتنع تجديد العقد على ما فى الذمة لأن ﴿ ما فى الذمة كالحاضر ﴾ فيصح العقد عليه وهذا حيث إختلفا فى الصفة والجنس وإلا فقد تساقطا ، وإن كان الخلل لعدم الحلول أصلحاه .

﴿٢٣٤﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ ومتى ﴾ صرف دنانير بمثلها أو بدراهم أو صرف دراهم بمثلها على أنها جيدة أو أطلق ثم ﴿ انكشف فى أحد النقدين ردىء عين ﴾ كأن يكون فى أحدهما ما هو من الحديد أو من النحاس ﴿ أو ﴾ ينكشف فى أحدهما ردىء ﴿ جنس ﴾ كدرهم مسكوك

من فضة رديئة تتفتت ليست فى الجودة كبدلها ﴿بطل﴾ من الصرف ﴿ بقدره ﴾ وزنا أى بقدر ذلك الردىء لأن العقد صحيح وإنما طرأ البطلان على بعضه لعدم قبض ماقابل الردىء ﴿ إلا أن يبدل الأول ﴾ وهو ردىء المعين ﴿ فى مجلس الصرف فقط ﴾ صح حينئذ ، أما لو صح إبداله بعد المجلس أى بعد الافتراق لم يصح ولـكن ينظر هل أتى بلفظ البيع أو بلفظ الصرف ؟ وهل عين أم لا ﴿ وتفصيل ذلك ﴾ أن يقال: إن عين وجاء بلفظ البيع فانـكشف ردىء عين فانه يكون بيعاً إن كان له قيمة ولم يقصد الحيلة ويكون له الرد بالعيب إن كان جاهلا ، وإن جاء بلفظ الصرف فلا ينعقد البيع به كما يأتى ، وإن لم يكن معيناً فمن شرطه القبض قبل التفرق فلا حكم للزائف فان افترقا بطل بقدره .

قال الإمام : ﴿ و ﴾ كذا ﴿ الثانى ﴾ وهو ردىء الجنس إذا أبدل ﴿ فيه ﴾ أى فى المجلس والمراد قبل التفرق فانه يصح ويلزم إبداله ﴿ مطلقاً ﴾ سواء شرط رده حال العقد أم لم يشرط ، وهذا إذا لم يعلم عند العقد والقبض وأبدله فى مجلس العقد ﴿ أو ﴾ أبدله ﴿ فى مجلس الرد ﴾ وهو أول مجلس يتفقان فيه بعـد التفرق والعلم بالرداءة ، والمعتبر أول مجلس لأن للصرف أحكاما مخصوصة ، وإنمـا يلزم إبداله ﴿ إن رد وإن لم يكن قد علمه ﴾ فإن كان قد علم عند العقد أو عند القبض أو عند التفرق أو عند الصرف أن فى الدراهم ردىء جنس لم يكن له الرد بعد ذلك ﴿ فيلزم ﴾ البيع وإمساك الردىء ويبطل الرد، كما لو اشترى شيئاً عالـما بعيبه، وإن كان جاهلا فى جميع الأحوال التى ذكرنا فيلزم الرد للردىء كما لو اشترى شيئاً معيباً . قال الإمام : ﴿أوشرط رده﴾ فى مجلس العقد ﴿ فافترقا ﴾ وكان المشترى قبـل التفرق ﴿مجوزاً له أوقاطعاً ﴾ بوجود الردىء فانه يبطل الإبدال وسواء علم به عند العقد أم لا لـكنه فى هـذه الصورة لايلزمه ولو علم بوجوده لـكونه قد شرط رده ﴿ فيرضى ﴾ بذلك ﴿ أو يفسخ ﴾ ماوجد من ردىء الجنس فى أول مجلس يتفقان فيه بعد التفرق والعلم بالرداءة ، فإن لم يرض

ولا فسخ لزم، وإنما كان له الفسخ مع العلم بوجود الردىء فى الصرف لا فى بيع المعيب لأن الصرف يخالف البيع فى وجوده ، وأما إذا افترقا قاطعا بأن لا ردىء ثم انكشف وجوده فإنه يصح الابدال فى مجلس الرد فله طلب الإبدال فيه فلو لم يبدل فى مجلس الرد لم يكن له طلب الابدال بعد بل له أن يرضى به أو يفسخ .

﴿ فان كان ﴾ العيب فى الدراهم ﴿لتكحيل﴾ فى أحد البدلين ﴿ فصل ﴾ الكحل ﴿ إن أمكن ﴾ فصله لأنه طلاء على ظاهر الدراهم ﴿ و ﴾ إذا فصل ولم يبدل فى المجلس ﴿ بطل ﴾ من الصرف ﴿ بقدره ﴾ وزنا . واعلم أنه إذا فصل المشترى الكحل بإذن المالك ورده إليه فلا شىء على المشترى، وإن فصله بغير إذنه لزمه أرش نقص قيمة الكحل بالانفصال إذا رده المالك ، والأرش هو ما بين قيمته متصلا ومنفصلا وإن لم يرده لزم قيمته متصلا . وإن فصل بإذن المالك ولم يرده لزم رده بعينه ولو لم تكن له قيمة فإن تلف لزم مثله أو قيمته منفرداً إن كانت له قيمة .

قال الإمام عليه السلام ﴿ وإ ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يمكن فصله ﴿ فى الكل ﴾ أى بطل صرفه فى الكل لفقد العلم بالتساوى . وذلك حيث تكون مكحلة كحلا لا يمكن فصله فتصير كما لو كانت مزيبقة لأن الزئبق مخلوط بالدراهم فلا يمكن فصله إلا بضرر فيبطل الصرف فى الكل لفقد العلم بالتساوى فإن علم التساوى صح .

﴿ فائدة ﴾ إذا نقد الصيرفى فظهرت مغشوشة فلا ضمان عليه ولو كان مؤجراً لأنه كالمقوّم والمفتى .

﴿٢٣٥﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان مسائل تتعلق بالصرف ، فمنها : الجريرة وهى الزيادة فى الأقل من المتقابلين زيادة من غير جنسه . ﴿ واعلم ﴾ أن الصرف ﴿ لا تصححه الجريرة ونحوها ﴾ ، وسيأتى ماهو نحو الجريرة ﴿ إلا ﴾ أن تكون الجريرة أى الزيادة ﴿ مساوية لمقابلها ﴾

والمقابل للجريرة التى مع الأقل هى الزيادة التى فى الأكثر فإذا تساوت قيمة الجريرة وقيمة الزيادة التى فى الأكثر صح الصرف نحو أن تكون له حلية من الفضة وزنها ثمانية دراهم فيصرفها بعشرة دراهم ويجعل مع الحلية شيئا آخر وهو يسمى جريرة فإن كانت قيمة هذه الجريرة تساوى درهمين صح الصرف وإن كانت لا تساوى درهمين لم يصح، ولكن إذا كانت الجريرة من غير الذهب والفضة فلا بد من لفظ البيع وإن كانت منهما فيصح بلفظ الصرف والبيع، أما إذا كانت الجريرة من كلا الطرفين فذلك جائز ويقابل كل جنس الجنس الآخر إلا إذا قصدت الحيلة بذلك فلا يصح ولا يجوز .

ونحو الجريرة هو أن يشترى سلعة بالأقل من صاحب الأكثر ثم يبيعها منه بالأكثر فإن الحيلة بالسلعة لا تقتضى التصحيح حتى تكون قيمة السلعة مساوية لما يقابلها بحيث يرضى شرعا كل بما أخذ عوضا عن الآخر يعنى برضيان التفرق على العقدين معا نحو أن تكون قيمة السلعة قيمة الأقل لجودته وقيمة الأكثر لرداءته ، وأما الدراهم المغشوشة فيجوز بيع بعضها ببعض وإن لم يعلم التساوى لأن ما فى كل من النحاس أو نحوه يقابل ما فى الآخر من الفضة فيجوز ولو كان جنسا واحداً ، وتكون من مسائل الاعتبار إذا كان للغش قيمة كما تقدم فى الربويات ﴿ ولا يصح فى متفق الجنس والتقدير قبل القبض ﴾ فى الصرف وغيره ﴿ حط ولا إبراء ولا أى تصرف ﴾ سواء كان الابراء من الكل أومن البعض وسواء قلنا انه إسقاط أو تمليك لأن ذلك يؤدى إلى المفاضلة إلا إذا كان الحط من الجانبين ، وحصل فى المجلس صح سواء كان بلفظ الحط أم الإبراء أم التمليك وأما إذا كان الحط بعد القبض فيصح ولو كان من أحدهما مالم تقصد الحيلة، فان قصدت فلا يصح ولا يجوز. هذا هو الصحيح من المذهب .

﴿ مسئلة ﴾ إذا كان أحد البدلين أكثر من الآخر ، وقال صاحب الأكثر صرفت منك من هذه الدراهم أو الفضة ما يساوى ما معك وأبحت لك الزائد صح

ولا يقول وهبت لك الزائد ولا تصدقت ، وهذا إذا لم تقصد الحيلة للتوصل إلى الربا فإن قصدت فلا يصح ولو قال أبحت .

﴿ ويصح ﴾ ولو قبل القبض ﴿ حط البعض ﴾ لا الكل ﴿ فى ﴾ الجنسين ﴿ المختلفين ﴾ إذا أتى بلفظ الحط أو الاسقاط لجواز التفاضل بينهما ، فان أتى بلفظ الإبراء وجعلناه إسقاطا صح وإن جعلناه تمليكا لم يصح لأنه تصرف فى ثمن الصرف قبل القبض وهو ممتنع، ولذا قال الإمام عليه السلام: ﴿ لا التصرف ﴾ ببيع أونحوه فلا يصح قبل القبض كما لا يصح ذلك فى المبيع ومال الصرف مبيع .

﴿ ولا يحل الربا ﴾ ولا يصح التعامل به بين صغيرين ولا ﴿ بين كل مكلفين ﴾ مسلمين كانا أم ذميين أم حربيين أم حربياً ومسلماً أو ذميا ﴿ فى أى جهة ﴾ سواء كانا فى دار الإسلام أم فى دار الحرب . ﴿ ولا ﴾ يجوز أيضا الربا ﴿ بين العبد وربه ﴾ أى فيما بيننا وبين الله تعالى ولا بين السيد وعبده المأذون ، وهذا حيث كان على العبد دين مستغرق وإلا فالكل ملك سيده . وقد أخذ بعضهم من قول الإمام « ولا بين العبد وربه » أن الربا يدخل البيع ولو لم يكن بإيجاب وقبول ، وهو بيع المعاطاة مع أنه لا مأخذ لأن فى المعاطاة لم يملك أحدهما ما دفع الآخر إليه بخلاف هنا فان الدافع قد ملك القابض وهو الفقير فأشبه البيع بدليل عدم الرجوع فيما أعطى ، وسيأتى بيان ذلك فى القسمة .

﴿٢٣٦﴾ باب السلم

السَّلَم لغة بفتحتين هو السَّلف وزنا ومعنى ، وهو فى الاصطلاح عقد على موصوف فى الذمة ببدل معجل مع شروط . وهو باب من أبواب البيع ولكنه مخالف للقياس إذهو بيع معدوم، ويسمى سلما لتقدم تسليم رأس المال فى المجلس، ويسمى سلما لتأخر قبض المسلم فيه عن المجلس. وهو ينعقد بلفظ السلم والسلف كأسلفتك، وبألفاظ البيع العامة لا الخاصة بباب من أبوابه .

﴿ و ﴾ ﴿ اعلم ﴾ أن ﴿ السلم لا يصح ﴾ إلا فى بعض الأموال دون بعض ، فما لا يصح السلم فيه أن يسلم ﴿ فى عين ﴾ موجودة فى الملك ولو كانت غائبة عن المجلس، فلو قال أسلمت إليك هذه العشرة فى هذا الثوب أو فى الثوب الفلانى الذى تملكه أو نحو ذلك لم يصح لأنه يصير بيعا بلفظ السلم وذلك لا يصح كما سيأتى ، وكذلك لا يصح السلم فيما بيّنه بقوله ﴿ أو ما يعظم تفاوته ﴾ وذلك ﴿ كالحيوان و ﴾ كذا ﴿ الجواهر والآلئ والفصوص ﴾ لأن ضبط هذه الأشياء لا يمكن ، ولعدم إمكان ضبطها يصير السلم فيه مجهولا وجهالته تمنع من صحة السلم ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ الجلود ﴾ لا يصح السلم فيها لاختلافها وكثرة التفاوت فيها .

﴿ تنبيه ﴾ أما ما لا يعظم تفاوته فيصح السلم فيه ومن ذلك الدراهم والدنانير والسبائك فيصح السلم فى ذلك بشرط أن لا يكون الثمن من جنس المسلم فيه وأن لا يكون موزونا .

قال الإمام : ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ ما لا ينقل ﴾ كالدور والعقار لا يصح السلم فى ذلك وكذا المنفعة كتعليم القرآن فلا يصح السلم فى المنفعة ولا يصح جعلها رأس مال سلم ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ ما ﴾ كان ﴿ يحرم فيه النساء ﴾ لا يصح فيه السلم لأن من لازم السلم النساء فلا يصح فيما يحرم فيه النساء ﴿ فمن أسلم جنسا فى جنسه و ﴾ فى ﴿ غير جنسه فسد فى الكل ﴾ إذا لم يتميز عما يصح فيه النساء كالو أسلم ثوبا فى ثوب من جنسه وصاع بر لم يصح ، وأما لو أسلم ثوبا وصاعا برا فى ثوب وصاع شعير فانه يصح لأنه يكون كل ثوب فى مقابل المكيل الآخر .

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البيان: ويصح أن يسلم مكيلا فى موزون أو غيره أو عكسه مع اختلافهما فى الجنس لا حيث اتفقا فى الجنس ولو اختلفا فى الكيل والوزن ولا حيث اتفقا فى الكيل والوزن ولو اختلفا فى الجنس لأن ذلك ربا ، إلا فى النقدين فيصح أن يسلما فى سائر الموزونات غير الذهب والفضة لأنهما أثمان لكل شيء .

﴿ و ﴾ ﴿ اعلم ﴾ أنه ﴿ يصح ﴾ أن يسلم ﴿ فيما عدا ذلك ﴾ المتقدم ذكره ولكن لا يصح عقد السلم إلا ﴿ بشروط ﴾ خمسة :

﴿ الأول ﴾ ﴿ ذكر قدر المسلم فيه ﴾ بالكيل والوزن فيقول كذا وكذا صاعا أو كذا وكذا رطلا . ﴿ و ﴾ لا بد أيضا من ذكر ﴿ جنسه ﴾ فيقول كذا وكذا براً أو شعيراً أو تمراً أو سمنا أو عسلا أو بنا أو نحو ذلك ﴿ و ﴾ لا بد أيضا من ذكر ﴿ نوعه ﴾ إذا كان له نوع فيقول كذا وكذا تمراً أصيحانيا أو براً بونيا أو سمن بقر أو ضأن أو ماعز ونحو ذلك ، وما ليس له نوع فيكفى فيه ذكر ما عدا النوع . ﴿ و ﴾ لا بد أيضا من ذكر ﴿ الصفة ﴾ ولكن لا يعتبر من الصفات إلا ما يكون مقصوداً للمنفعة وتختلف به القيمة ، ويكفى عند تسليمه ما يقع عليه ذلك الاسم ﴿ كرطب ﴾ أى إذا أسلم فى تمر فلا بد أن تذكر صفته بأنه رطب أويابس وفى العسل كونه من مرعى كذا وكذا لأن النحل قد يقع على أزهار أشجار فيكون دواء ، وعلى أخرى فيكون داء . ﴿ و ﴾ إذا أسلم فى سمن ضأن مثلا فلا بد من ذكر صفته مثل ﴿ عتيق ﴾ أو محدث إذا كان لذلك اعتبار ﴿ و ﴾ لا بد من ذكر ﴿ مدته ﴾ بأنه مما قد مضى عليه أسبوع أو شهر أو عام أو نحو ذلك إذا كان لتلك المدة اعتبار فى قيمته ﴿ و ﴾ إذا كان المسلم فيه زيتا فلا بد أن يذكر أنه ﴿ تقشر زيت ﴾ أى أنه زيت مقشر وكذا غير مقشر وكذلك العلس ونحوه .

﴿ و ﴾ إذا كان المسلم فيه لحما فلا بد أن يقول ﴿ لحم كذا ﴾ أى لحم بقر أوضأن ويذكر أنه من ذكر أو أنثى كبير أوفتى معلوف أوغير معلوف و ﴿ من عضو كذا ﴾ كأن يقول من الرقبة أو الرجل أو الأضلاع ، ويذكر أن ﴿ سمنه كذا ﴾ أى مقدار كذا وأما العظم فيدخل فى اللحم كما يدخل النوى فى التمر لاتصاله به ، وكذا يصح السلم فى لحم السمك وفى السمك الميت ويعتبر فى بيانه مايعتبر فى غيره إذا كان مقصوداً.

﴿ و ﴾ إذا كان المسلم فيه من ﴿ ما له طول وعرض ورقة وغلظة بينت ﴾ هذه

الأشياء ﴿ مع ذكر الجنس ﴾ فإذا كانت هذه الأشياء مقصودة أى يتعلق الغرض بها وباعتبارها تختلف القيمة فلا بد من بيانها وذلك كالخشب والثياب والبسط والآجر واللبن، وكذا الغزل فلو شرط فيه أن يكون دقيقا سلم منه ما يطلق عليه اسم الدقيق وهكذا فى غيره من الأوصاف، فأما لو كان الطول وغيره من الأوصاف التى لاتقصد فلا يلزم ذكر ذلك كالطول فى الطعام إذا لم يكن مصنوعا ونحو ذلك .

﴿ والضابط فى ذلك ﴾ أنه لايعتبر من الصفات إلا ما يكون مقصوداً للمنفعة وتختلف به القيمة فيلزم ذكره ويكفى عند تسليمه مايقع عليه ذلك الاسم ، وأما ماعدا ذلك فلا يلزم ذكره .

﴿ واعلم ﴾ أنه يلزم فى المسلم فيه أن يذكر مقدار كيل المثلى المكيل عند العقد كما تقدم ﴿ ويوزن ﴾ المراد ويذكر المقدار بالوزن فى ﴿ ماعدا المثلى ﴾ المكيل ﴿ ولو ﴾ كان ماعداه مما لايوزن فى العادة نحو أن يكون ﴿ آجرًا أو حشيشاً ﴾ أو أحجاراً أو خشباً أو ثياباً أو بسطاً أو غير ذلك فلا بد من ذكر مقداره بالوزن غير أنه يجوز ترك الوزن عند التسليم إذا تراضيا، فإن تشاجرا وزن ، ولا يكفى ذكر الوزن بل لابد من ذكر الأوصاف المقصودة كما تقدم .

﴿ و ﴾ الشرط ﴿ الثانى ﴾ ﴿ معرفة إمكانه للحلول ﴾ أى يعرف أن المسلم إليه يتمكن من المسلم فيه عند حلول الأجل ويكفى عند العقد أن يعلم أحدهما أو يظن من جهة العادة أن الشىء المسلم فيه يمكن تحصيله عند حصول الأجل المضروب وإذا لم يعرف ذلك عند العقد كأن يسلم آخر الشتاء فى رطل عنب والأجل ثلاثة أيام لم يصح السلم . ﴿ و ﴾ لابد ﴿ أن ﴾ يشترط لصحة المسلم فيه ﴿ عدم ﴾ وجوده فى ملك المسلم إليه ﴿ حال العقد ﴾ ، هذا هو المختار للمذهب لا مافى الأزهار .

﴿ فلو عيّن ﴾ من المقادير أو من المسلم فيه ﴿ مايقدر تعذره ﴾ عادة عند التسليم ﴿ كنسج محلة أو مكيالها ﴾ أو ميزانها ﴿ بطل ﴾ العقد إذا ظن عند العقد تعذر ذلك

عند التسليم ، وعلى هـذا فلا يصح أن يعين ذراع رجل معين ولا ميزانه ولا مكياله ولا نسيجه إذا لم يكن فى الناحية مثله ولا ثمر شجرة معينة ولا فاكهة بستان معين ولا حنطة مزرعة معينة لجواز تعذر ذلك . أما إذا كان لمكيال المحلة أو لميزانها عيار موجود فى الناحية فيصح أن يعين مكيال المحلة أو ميزانها ، وكذا لو كانت المحلة بلدة كبيرة بحيث لايجوز جلاء أهلها عنها فى العادة كصنعاء اليمن وزبيد ونحوها فيصح .

﴿ فرع ﴾ وإذا شرط فى السلم فيـه أن يكون من أجود مايوجد أو من أردأ مايوجد فإنه لايصح لأن ذلك مجهول ، إذ ما من شىء إلا ويقال غيره خيرٌ منـه أو دونه فإن قيد ذلك بأجود مايوجد فى البلد الفلانى صح إذا كان البلد صغيراً يمكن ضبط أجود مايوجد فيه[1] .

الشرط ﴿ الثالث ﴾ ﴿ كون الثمن مقبوضاً فى المجلس ﴾ المراد أنه يلزم قبض الثمن قبـل التفرق ولا تـكفى التخلية ، بل لابد من القبض ﴿ تحقيقاً ﴾ فلو كان على المسلم إليه دين لم يصح أن يجعل رأس مال للسلم إلا بعد أن يقبضه منه من له الدين ثم يعطيه أو يوكل المسلم إليه بقبضه له من نفسه قبل أن يتفرقا ولابد من النقل لأن اليد لاتـكون قبضاً ، وكذلك لو كان عنده وديعة ولو مضمونة لم يصح جعلها رأس مال للسلم ولو كانت حاضرة إلا أن يقبضها المالك ثم يقبضها المسلم إليـه قبل التفرق ولابد فى قبضها من النقل لأن اليد لاتـكون قبضاً .

﴿ فرع ﴾ فإذا كان على احمد لصالح عشرة دراهم فأسلم إليه صالح عشرين درهما عشرة نقدها له وعشرة مافى ذمته لم يصح السلم إلا فى العشرة التى نقدها .

﴿ مسئلة ﴾ وتصح الإحالة بالثمن إذا سلم فى المجلس بأن يحيل المسلم المسلم إليـه على غريمه لا أن المسلم إليه يحيل غريما على المسلم بقبض رأس المـال إذ هو تصرف

---

(١) ولعله يصح لو قال من الجيـد ويسلم ما يطلق عليه اسم جيد أو طيب كما لو شرط فى الغزل كونه رفيعا سلم ما يطلق عليه اسم الرفيـع اه

قبل القبض ، وهذا خاص فى ثمن الصرف والسلم .

ولا بد أيضاً أن يكون الثمن ﴿ معلومًا ﴾ حال العقد ﴿ جملة أو تفصيلاً ﴾ والمراد بالجملة الجزاف ولو لم يفصل من بعد نحو أن يسلم عشرين درهما فى قفيز من البر وقفيز من الشعير فإنه يصح ولو لم يبين ثمن كل واحد منهما فلو عدم أحدهما قسم الثمن على قدر القيمة وما عدم رد حصته من الثمن وما وجد صح السلم فيه بحصته من الثمن .

﴿ ويصح ﴾ السلم ﴿ بكل مال ﴾ فيجعل رأس المال نقداً أو غير نقد مثليًا أو قيميًا حيواناً أو غيره منقولاً أو غير منقول كالثمن فى المبيع وتثبت الشفعة فيه وبه بعد قبضه إلا أن المنفعة لا تصح أن تكون رأس مال للسلم كما تقدم فى أول الباب بخلاف الثمن فى المبيع فإنه يصح أن يكون منفعة .

﴿ و ﴾ الحكم ﴿ فى انكشاف الردىء ﴾ فى رأس المال ردىء عين أو ردىء جنس ﴿ ما مر ﴾ فى الصرف فإن أبدله قبل تفرقهما صح حيث كان نقداً أو مثليًا غير معين ولا قوبل بالنقد فإن لم يكن كذلك كان مبيعًا والمبيع لا يصح إبداله ولكن تكون الرداءة عيبًا فيه فيرضى به أو يفسخ ولا يبطل بقدره ، وهذا فى ردىء العين . قال فى البيان وهامشه : فأما ردىء الجنس فيصح إن رضيه وإلا فإن رده فى أول مجلس يتفقان فيـــه صح رده وإبداله وإن لم يرده فى مجلس الرد فلعله يلزم ولا خيار ولا بطلان كما مر فى الصرف .

﴿ واعلم ﴾ أنه يثبت فى المسلم فيه خيار الرؤية والعيب ، وإذا رد بخيار العيب لزم المسلم إليـه إبداله غير معيب وإن رد بخيار الرؤية انفسخ السلم ولا يبدل لأنه يؤدى إلى التسلسل بخلاف الرد بالعيب .

﴿ الشرط الرابع ﴾ ﴿ الأجل المعلوم ﴾ فلا يصح معجلاً لأنه يكون بيعا بلفظ السلم ، وهو لا يجوز ولا يصح مؤجلاً بأجل مجهول ، وكذا لو قال إلى أجل كذا إن وجد فيه وإلا فإلى أجل كذا فلا يصح لعدم العلم فى أي وقت سيُسَلّم .

﴿ فرع ﴾ وما علق من الآجال كلها بوقت غير معلوم كالصيف والخريف والشتاء والصراب ومجىء القافلة ونحو ذلك كان السلم به باطلا ويفسد البيع الذى شرط فيه .

﴿ و ﴾ الأجل ﴿ أقله ثلاث ﴾ بأيامها تحديداً من الوقت إلى الوقت فلا يصح الأقل أقل من ثلاث ، أما أكثر الأجل فلا حد له ﴿ و ﴾ من أسلم فى شىء كان أجله إلى ﴿ رأس ماهو فيه ﴾ من أسبوع أو شهر أو سنة وجب أن يكون ﴿ لآخره ﴾ نحو أن يؤجله إلى رأس الشهر الذى قد دخل بعضه فإنه يجب أن يكون لآخره ، وكذا فى الأسبوع والسنة حيث كان الباقى من ذلك ثلاثة أيام فصاعدا ﴿ والا ﴾ يسلم إلى رأس الشهر الذى هو فيه بل إلى رأس الشهر المستقبل ﴿ فلرؤية هلاله ﴾ وهى الليلة الأولى التى يرى فيها هلال ذلك الشهر ، ولكن لا يتضيق الطلب إلا بعد طلوع الشمس فى أول يوم منه ، وإذا أسلم إلى رأس السنة كان حلول الأجل فى الليلة التى يرى فيها هلال أول شهر من السنة كما فى الشهر سواء ، ﴿ و ﴾ إذا جعل الأجل إلى يوم كذا ولم يعين ساعة منه كان اليوم كله وقتاً لإيفاء السلم و ﴿ له ﴾ مهلة ﴿ إلى آخر ﴾ ذلك ﴿ اليوم المطلق ﴾ وكذلك الليلة المطلقة بخلاف لو قال إلى شهر كذا ، أو إلى سنة كذا لم يدخل الشهر والسنة فى الأجل فيكون حلول الأجل عند أولها كما تقدم وكان القياس أن يكونا مثل اليوم ، ولكن جرى العرف بخلاف ذلك .

﴿ ويصح ﴾ التعجيل للمسلم فيه قبل حلول أجله ﴿ كما مر ﴾ فى القرض على ذلك التفصيل وهو أن يكون مساوياً لما يلزم له قدراً وصفة وأن لا يخشى عليه من ظالم وأن لا يكون له غرض بتأخيره إلى أجله ، ويصح التعجيل بشرط حط البعض كما مرّ فى القرض .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا سلم المسلم إليه بعض الذى عليه لم يجب على المسلم قبوله وسواء كان الباقى ممكنا تسليمه أو متعذراً فإن رضى بقبض البعض خير فى الباقى بين الفسخ أو أن يصبر حتى يجد الباقى ، وإذا تراضيا على تسليم أدنى مما شرط فى النوع أو فى الصفة جاز ، ولا يجوز أن يتراضيا على دفع عوض عن نقصانه كما لا يجوز أن يتراضيا على دفع عوض عنه .

﴿ الشرط الخامس ﴾ ﴿ تعيين المكان ﴾ الذى فيه يسلم المسلم فيه وسواء كان مما لحمله مؤنة أم لا فإذا عين التسليم إلى السوق وجب إيصاله إليه ، وإن عين إلى البلد فالمتبع العرف . وعرفنا الآن لزوم إيصاله إلى بيته إذا عين البلد . فلو تراضيا عند التسليم على تسليمه فى بلد غير البلد الذى شرط تسليمه فيه مع أجرة من يحمله إلى البلد الذى شرط تسليمه فيه جاز أخذ الأجرة ولو أخذها المسلم إليه لنفسه هذا هو الصحيح .

﴿ نعم ﴾ فهذه ــ وإليها تجويز الربح والخسران ــ هى شرط السلم المعتبرة فيه « لكن » يحتاج فيها إلى تفصيل بأن[1] يقال « ما هو من غير شروط البيع » الأصلى الذى ضرب له كتاب البيع كما مرّ « اعتبر حصوله ولو » تراخيا بعد العقد مدة كثيرة ﴿ قبل التفرق ﴾ أى قبل أن يتفرقا بعد العقد ولو فى غير مجلسه مهما انتقلا معاً فلو لم يذكر الأجل حال العقد ثم ذكر قبل التفرق صح لأنه ليس من شروط البيع بل يختص بالسلم وهكذا سائر الشروط المختصة بالسلم كقبض الثمن وتعيين المكان وتجويز الربح والخسران لا ما كان مختصا بشروط البيع الأصلى كجهالة قدر المسلم فيه وجنسه ونوعه وصفته فإنه لا يصح السلم معها ولو رفعت

---

(١) كما فى حاشية السحولى وفتح الغفار والتذكرة : فى قبض الثمن وتعيين المكان وإن كان ظاهر شرح الأزهار والبيان الاطلاق اه .

الجهالة فى المجلس بل لا بد من مقارنة ذكرها للعقد هـذا هو الذى ينبغى أن يقرر للمذهب .

﴿ و ﴾ يشترط أيضا فى صحة عقد السلم ﴿ تجويز الربح و ﴾ تجويز ﴿الخسران﴾ والمراد أن المسلم إليـه لا بد أن يكون مجوز الربح والخسران أو قاطعا بالربح ، والمسلم لا بد أن يكون مجوزاً لهما أو قاطعا بالخسران ، فلو قطعا معا بعدم اختلاف القيمة صح وكذا لو قطعا بالربح للمسلم إليه جاز ذلك وصح لأنه يجوز بيع الشىء بأكثر من سعر يومه معجلا .

﴿وقال فى البيان﴾ ولا بد أن يكون رأس المال ما يمكن أن يكون ثمنا للمسلم فيه فى بعض أحوال الأجل فإن كان رخيصا رخصا لا يبلغه فى بعض أوقاته لم يصح .

﴿ تنبيه ﴾ وما يصح فيه السلم من المال يصح عقد السلم عليه إذا حصلت شروط العقد التى تقدمت فإن نقص شىء منها كان العقد باطلا لأنه لم يصح سلما لعدم تكامل شروطه ولم يكن بيعا صحيحا ولا فاسداً لأن البيع لا يقع بلفظ السلم[1] لذلك كان باطلا لأنه مما اختل فيه ذكر العقد . وإذا لم يصح السلم لم يملك المسلم إليه ما قبض من رأس المال ولا يجوز له التصرف فيه بل يجب رده إلى المسلم .

﴿٢٣٧﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ ومتى بطل ﴾ السلم ﴿ لفسخ ﴾ بالتراضى[2] ﴿ أو عـدم جنس ﴾ المسلم فيه مع المسلم إليه مطلقا ومع غيره فى البريد فإن لهما الفسخ لتعذر التسليم إلا أن يتراضيا على الانظار حتى يوجد وكذلك لو وجـد مع إعسار المسلم إليه . قال فى البيان:

---

(١) فلو وقع السلم بلفظ البيع وفقد بعض الشروط فلعله يكون بيعا فاسداً لأنه بيع معدوم وبيع المعدوم فاسد كما تقدم فى البيع غير الصحيح اهـ .

(٢) أو الاقالة بينهما والاقالة هنا فسخ فى حق الشفيع وغيره اهـ .

أما لو وجد فى ملك غيره وكان يمكنه شراؤه لزم تحصيله بما لا يجحف ولو من المسلم شراء أو نحوه .

﴿ فرع ﴾ فلو عدم نوعه أو صفته ووجد غيره فإن كان النوع الموجود اعلا من النوع المشروط لم يجز للمسلم أخذه إلا أن يرضى المسلم إليه فيخير المسلم بين قبوله أو الفسخ أو التأجير حتى يوجد ، وإن كان الموجود أعلى فى الصفة من المشروط فالواجب على المسلم قبوله ولم يبق له خيار ما لم يكن خلاف غرضه فلا يجب قبوله وإن كان الموجود أدنى من النوع المشروط فلا يلزم تسليمه وقبوله إلا مع تراضيهما . وإن كان الموجود أدنى من المشروط فى الصفة فلا يلزم المسلم قبوله بل يلزم المسلم إليه تسليمه إن طلب المسلم لأنه قد رضى بنقصان حقه . هذا ما تقتضيه القواعد وإن لم ينص إلا على بعض تلك الأمور ﴿نعم﴾ فمتى بطل السلم بالفسخ لشىء مما تقدم ﴿لم يؤخذ﴾ من المسلم إليه ﴿ إلا رأس المال ﴾ إن كان باقياً فى يده « ﴿ أو ﴾ عوضه » إن كان « تالفا » ففى المثلى = ﴿ مثله ﴾ إن وجد ﴿ أو قيمته يوم قبض إن ﴾ عدم المثلى أو كان قيمياً سواء ﴿ تلف ﴾ رأس المال ولو حكما أو خرج عن مسلك المسلم إليه بأى وجه .

﴿ أما فوائد رأس المال ﴾ فلا ترد إذا كان الفسخ بالتراضى وإن كان بالحكم ردت الأصلية دون الفرعية وإن كان الفسخ لبطلان رأس المال ردت الفرعية والأصلية سواء كان الفسخ بالحكم أم بالتراضى إذ هو نقض للعقد من أصله ﴿ ولا يبتع به ﴾ أى ولا يشتر المسلم برأس المال ﴿ قبل القبض شيئاً ﴾ إذا بطل السلم بالفسخ كما تقدم ولو كان رأس المال نقداً فانه لا يبتاع به شيئاً لا من المسلم إليه ولا من غيره مهما لم يقبضه ﴿لا﴾ إذا بطل السلم ﴿لفساد﴾ المراد لاختلال شرط من شروطه ﴿فيأخذ﴾ المسلم ﴿ ما شاء ﴾ إما رأس المال أو بدله أو يشترى به شيئاً آخر ولو قبل قبضه .

﴿ ومتى ﴾ كان السلم باطلا لاختلال شرط ووجب رد الثمن وقد تلف و ﴿ توافيا فيه ﴾ أى فى ثمنه ﴿ مصرحين ﴾ بلفظ القضاء بأن يقول المسلم إليه قضيتك عما أسلمت إلى ويقول المسلم قبلت ﴿ صار ﴾ ذلك ﴿ بيعاً ﴾ أى بمنزلة بعت واشتريت ونبس من السلم فى شىء لبطلانه ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يصرحا بالقضاء والقبول لم يكن بيعا بل معاطاة لحصول التواطى بينهما على أن الثمن هو رأس المال وإن لم يكن بيعا ﴿ جاز ﴾ لكل واحد منهما ﴿ الارتجاع ﴾ لما سلم « فيرجع المسلم إليه بما دفع للمسلم ويرجع المسلم على المسلم إليه بقيمة رأس مال السلم أو مثله لأن المفروض أنه قد تلف رأس المال[1] . » وأما إذا كان رأس المـــال باقياً فيرد إليه رأس ماله ولا يحتاج إلى لفظ القضاء .

﴿ و ﴾ ﴿ اعلم ﴾ أنه ﴿ لا يجدد ﴾ السلم الباطل على وجـه الصحة ﴿ الا بعد التراجع ﴾ الأولى « إلا مع التراجع » فيسترد المسلم ما كان سلمه أو مثله أو قيمته إن كان قد تلف ثم يرجعه إليه ومتى حصل التراجع صح التجديد ولو وقع العقد فى المجلس قبل التراجع وهـذا بخلاف الصرف فلا يجب التراجع لأنه فى ذمتين وما فى الذمة قد تعين كالحاضر .

﴿ ويصح ﴾ من المسلم ﴿ إنظار معدم الجنس ﴾ المسلم فيه أو النوع أو الصفة إذا عدم ذلك فى البريد فله إنظاره وللمسلم إليه أن يرضى بالإنظار أو يفسخ لتعذر التسليم وإذا رضى به لزم الإنظار لأنه مستند إلى عقـد فلا يجوز الطلب فى مدة الإنظار .

﴿ و ﴾ يصح من المسلم والمسلم إليه ﴿ الحط والإبراء ﴾ والإسقاط عن صاحبه سواء كان من رأس المـال أو من المسلم فيه وسواء كان بعض الحق الذى وجب أو كله فيصح ذلك ﴿ قبل القبض غالباً وبعده ﴾ أى بعد القبض لـكن بلفظ التمليك .

﴿ وتفصيل ذلك ﴾ ان كان بعد القبض صح فى البعض والـكل من غير فرق بين

(١) من حاشية السحولى .

رأس المال والمسلم فيــه إذا كان بلفظ التمليك أو النذر أو الهبة أو الصدقة لا بلفظ الإبراء ونحوه فلا يصح . وإن كان قبل القبض فإن كان من المسلم فيه صح فى البعض والكل إذا كان بلفظ الإبراء والإسقاط أو الحط لا بلفظ التمليك فلا يصح . وإن كان من رأس المال صح فى البعض بلفظ الإبراء ونحوه مهما كان الباقى من الممكن فيه أن يكون ثمنا للسلم فيه فى بعض أوقات الأجل وإلا فلا يصح ولا بد أيضا من بقاء تجويز الربح والخسران إذا وقع الحط حال العقد . فلوقطع المسلم بالربح لم يصح الحط ولزم رأس المال جميعه وهاتان الصورتان قد احترز عنهما الإمام بقوله « غالباً » أما لو قطع المسلم بعد الحط بالربح بعد العقد فلا يضر . ﴿ ويصح ﴾ السلم ﴿ بلفظ البيع ﴾ فيقول المسلم بعت إليك هــذا بكذا أو أسلمت إليك بكذا ﴿ كالصرف ﴾ حيث صح بلفظ البيع كما تقدم وكذا القضاء والصلح يصحان بلفظ البيع ولا يصح بأيهما ولا يصح أيهما بالآخر .

قال الإمام و ﴿ لا ﴾ يصح ﴿ هو ﴾ أى البيع ﴿ بأيهما ﴾ أى لا ينعقــد البيع بلفظ السلم ولا بلفظ الصرف فى غــير بابيهما ﴿ ولا ﴾ ينعقد عقد ﴿ أيهما ﴾ بلفظ ﴿ الآخر ﴾ فلا الصرف ينعقد بلفظ السلم ولا السلم ينعقد بلفظ الصرف فلو أتى بأيهما فى غير بابه كان العقد معاطاة .

﴿٢٣٨﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ وإذا اختلف البيعان ﴾ فى وقوع العقد وعدمه أو فى المبيع أو فى الثمن أو فى الخيار أو فى الأجــل أو فى غير ذلك ﴿ فالقول[1] فى العقد لمنكر وقوعه ﴾ نحو أن

(١) وأولى من ذلك عبارة الفتح وهى: « فالقول لمنكر خلاف الأصل » وهو من الظاهر معه « كما مر » فى النكاح « و » كما « يأتى » إن شاء الله تعالى فى الدعاوى تحقيق ذلك اهـ .

يقول المشترى بعتني كذا وينكر البائع ، أو يقول البائع اشتريت منى بكذا وينكر الشراء فالقول قول المنكر مع يمينه . فلو أنكر المشترى وأقر البائع بالعقد وقبض الثمن فلا يمين على المشترى وكانت العين لبيت المال. ولو رجع المشترى إلى تصديقه فلو قال المشترى أن ما قبضه البائع هو قرض كان القول قوله. وإذا صارت العين لبيت المال وقام فيها شفيع فله الشفعة ويكون الثمن لبيت المال فإن لم يقر البائع بقبض الثمن فلا بيع بعد التحالف وعدم البينة ، فإن أقر البائع بقبض البعض من الثمن فله أن يفسخ ويدفع ما أقر به لبيت المال وإن لم يفسخ فيجب أن تباع العين ويوفى ماله والبقية لبيت المال ويقبل قوله فى الباقى من الثمن .

﴿ فرع ﴾ فلو أقر البائع بالإيجاب وأنكر قبول المشترى بأن قال أوجبت ولم يقبل ، وقال المشترى بل قبلت صدّق المشترى مع يمينه . ﴿ و ﴾ القول لمنكر ﴿ فسخة ﴾ حيث تصادقا على وقوع العقد لكن ادعى أحدهما أنه وقع التفاسخ بينهما بأى سبب من الخيارات أو إقالة وأنكر الآخر فالقول للمنكر لأن الأصل بقاء العقد .

﴿ و ﴾ إذا ادعى أحدهما فساد العقد بعد التصادق على وقوعه فالقول لمنكر ﴿ فساده ﴾ سواء أقرّ بالبيع ثم ادعى الفساد ، أم ادعى الفساد أولا متصلا أم منفصلا . وهذا مبنى على أنه وقع العقد فى جهة قلما يتعاملون فيها بالعقود الفاسدة وإنما أكثر معاملاتهم بالعقود الصحيحة وكذا لو استوت معاملاتهم بالعقود الفاسدة والصحيحة أو التبس أيهما أكثر فى معاملاتهم ، فأما لو كانت أكثر المعاطاة بينهم واقعة على وجه الفساد فالقول قول من يدعى وقوعه فاسداً .

﴿ وتفصيل المسئلة ﴾ أن البيعين إما أن يختلفا فى الصحة والفساد على وجه الإجمال أو على وجه التفصيل ، فإن اختلفا على وجه الإجمال فالقول لمدعى الصحة « ولكن

لا يخلو » إما أن يقيم البينة أحدهما أو كلاهما أو لا بينة لواحد منهما ﴿ فإن بين أحدهما حكم له ﴾ وفائدة البينة ممن القول قوله سقوط اليمين الأصلية عليه حيث شهدت على التحقيق ﴿وإن بينا معا﴾ فإن أطلقتا أو أرختا بوقتين ، أو أطلقت إحداهما وأرخت الأخرى ﴿حمل﴾ ذلك ﴿على عقدين﴾ أحدهما صحيح والآخر فاسد وحكم بالصحة سواء تقدم الصحيح أم تأخر لأنه إن تقدم الصحيح فلا حكم للفاسد وإن تأخر كان تصحيحاً للفاسد فإن أضافتا إلى وقت واحد أو تصادق البيعان على أنه عقد واحد تكاذبت البينتان وصارا كما لو لم يبينا فيثبت التحالف بينهما كما يأتى . ﴿ وإن لم يبين﴾ واحد منهما فإن حلف مدعى الصحة أو حلفا معاً حكم له بالصحة . وإن نكل أو رد اليمين وحلف صاحبه أو نكلا معاً حكم عليه بالفساد . هذا وأما إذا اختلف البيعان فى الصحة أو الفساد « على وجه التفصيل » ﴿فالقول قول مدعى الصحة﴾ مطلقاً إلا إذا فصّل مدعى الفساد وجه الفساد بأنه لصغر وأضافا وقوع العقد إلى وقت محتمل الصغر والكبر فالقول قول من يدعى الصغر وإن لم يضيفا كذلك فالقول لمدعى الصحة وكذا لو ادعى الجُنون فإن القول لمدعى الصحة إلا أن يكون الغالب عليه زوال العقل فالقول لمدعى الجنون لأن الظاهر معه .

﴿ و ﴾ القول لمنكر وقوع ﴿ الخيار ﴾ فى المبيع ﴿ و ﴾ لمنكر ثبوت ﴿ الأجل ﴾ فى الثمن لأن الأصل عدمهما ، أما فى السلم لو ادعى تأجيل المبيع كان القول قوله ما لم يدع أن الأجل دون ثلاث .

﴿ فرع ﴾ وإذا جرى العرف فى تأجيل ثمن المبيع فإن القول قول من يدعى ذلك لأن الظاهر معه .

﴿ و ﴾ إذا تصادقا على وقوع الخيار أو الأجل واختلفا فى قدر المدة أو فى انقضائها فالقول قول منكر ﴿ أطول المدتين و ﴾ منكر ﴿ مضيها ﴾ إذ الأصل القلة وعدم الانقضاء ﴿ وإذا ﴾ ادعى رجل على رجل أنه باع منه جارية وادعى المشترى أنه تزوجها

منه و ﴿ قامت بينتا بيع الأمة وتزويجها استعملتا ﴾ جميعا إن أمكن استعمالها فيحكم بالبيع أو بالتزويج فحيث يضيفان إلى وقتين أو يطلقان أو تطلق إحداهما وتؤرخ الأخرى ويمكن استعمالها[1] وحيث أضافتا إلى وقت واحد ولم يمكن استعمالها وتكاذبتا كان كالو بينتا. وقد بين الإمام الحكم عند عدم البينة بقوله ﴿ فإن ﴾ لم تكن لأيهما بينة و ﴿ حلفا ﴾ معا أى حلف مالكها أنه ما زوجها وحلف الزوج أنه ما شراها ﴿ أو نحوه ﴾ بأن نكلا معا تهاترت اليمينان أو النكولان و ﴿ ثبتت للمالك ﴾ ولا مهر ولا ثمن إلا أن يكون قد دخل بها لزم المهر .

﴿ لا ﴾ إذا قامت ﴿ بينتا العتق والشراء ﴾ فإنه لا يصح أن تستعمل البينتان معا كما فى المسئلة الأولى . بل يقال إذا ادعى رجل أنه اشترى أمة من مالكها وأقام البينة وادعت الأمة أن مالكها أعتقها وأقامت البينة ﴿ فا ﴾ ن ا﴿ لعتق ﴾ يحكم به إذا وقع التداعى ﴿ قبل القبض ﴾ من المشترى للأمة ﴿ و ﴾ يحكم ببينة ﴿ الشراء ﴾ إذا وقع التداعى ﴿ بعده ﴾ أى بعد القبض وهذا التفصيل ثابت فى البينتين ﴿ إن أطلقتا ﴾ وقوع ذلك ولم تؤرخه فإن أرختا عمل بالمتقدمة فإن أرخت إحداهما عمل بالمؤرخة . فإن لم تكن لأيهما بينة حكم لمن أقر له البائع وحلف للآخر ، فإن حلف لهما معا بقيت الأمة له وإن نكل أو أقر لهما معا حكم بإقراره المتقدم وبنكوله المتقدم من عتق أو بيع . فإن قال فعلتهما معا رجح العتق وسعت بنصف قيمتها للبائع لا للمشترى ويسلم السيد للمشترى جميع الثمن لأنهما كالتالف قبل القبض .

﴿ و ﴾ إذا اختلف البيعان ﴿ فى ﴾ قبض ﴿ المبيع ﴾ فادعى البائع أن المشترى قد قبضه وأنكره المشترى أو ادعى المشترى القبض وأنكره البائع فالقول ﴿ لمنكر قبضه ﴾ ومثل القبض التخلية فى العقد الصحيح إذ الأصل عدم التخلية وعدم القبض

(١) وتفصيل ذلك سيأتى فى كتاب الشهادات فى فصل ٣٧٣ فلا حاجة لذكره هنا فراجعه فى محله إن شئت اهـ .

إلا فى متفق الجنس والتقدير براً ببرّ وفى الصرف فحيث ادعى القبض فى أيهما أنه وقع قبل التفرق فالقول قول مدعى القبض والبينة على المنكر لأنه مدعى الفساد .

﴿ و ﴾ القول لمنكر ﴿ تسليمه كاملا ﴾ فلو قال المشترى ما قبضت إلا بعض المبيع والبائع يدعى أنه سلمه كاملا فالقول للمشترى بخلاف ما لو قال قبضته ناقصاً فقد أقر بالقبض أو لا فلا يسمع قوله بأنه ناقص، وهذا حيث كان عارفا لحكم هذا النطق والقول لمن أنكر تسليمه كاملا كما تقدم ﴿ أو ﴾ أنكر أن تسليم المبيع وقع ﴿ مع زيادة ﴾ أى أنكر الزيادة أو الغلط فلو قال للمشترى ما قبضت إلا قدر المبيع أو أكثر أو المبيع لا غيره وادعى البائع أنه سلم أكثر من المبيع أو غير المبيع غلطا فالقول للمشترى وكذلك فى الثمن إذا ادعى البائع أنه قبضه ناقصا أو ادعى المشترى أنه سلمه زائداً فإن القول لمنكر ذلك والبينة على المدعى .

﴿ و ﴾ إذا ادعى المشترى عيبا فى المبيع فأنكر البائع ﴿ تعييبه ﴾ فالقول للمنكر والبينة على المشترى وكذا لو علم بالعيب ولم يعلم بأنه عيب لعدم معرفته فإنها تسمع بينته على دعواه[1] . وكذا لو ادعى البائع تعيب الثمن فأنكر المشترى فالقول للمنكر والبينة على المدعى . وإذا قبض الثمن معيبا فله أن يحلف ما قبض ثمن سلعته إذ العقد يقتضى ثمنا صحيحا وهى حيلة يدفع بها إنكار المشترى تعييب الثمن .

﴿ فرع ﴾ وإذا أراد المشترى أن يرد المبيع بأى الخيارات فادعى البائع أنه قد تعيب عند المشترى ليمتنع عن الرد بالخيار فأنكر المشترى فالقول للمنكر والبينة على البائع .

---

(١) « قلت » وفى هذا نظر فالبينة ستكون على نفى ولا يمكن أن تكون البينة على عدم المعرفة لأن ذلك لايعرف إلا من جهته، وإذا كان الشىء لايعرف إلا من جهة المدعى فالقول قوله مع يمينه، وإذا كان القول قوله فلعله لا يكون إلا حيث الظاهر معه كأن يكون العيب مما لا يعرفه إلا ذوو الخبرة كالسن فى الحيوان لو رآه وإلا فلا. فليتأمل اه .

﴿ و ﴾ إذا اختلف البيعان فى نفس العيب مع اتفاقهما على وجوده كقطرات دهن فى ثوب ونحو ذلك فقال المشترى هذا عيب تنقص به القيمة وأنكر البائع ﴿ أن ذا عيب ﴾ تنقص به القيمة فالقول للمنكر والبينة على المشترى فلو أقر البائع بأنه عيب ﴿ و ﴾ أنكر كونه ﴿من قبل القبض﴾ وادعى المشترى أن العيب كان موجوداً عند البائع فالبينة على المشترى والقول للمنكر ﴿ فيما يحتمل ﴾ أنه حدث قبل القبض ويحتمل أنه حدث بعده . وإذا كان القول قول البائع ولزمته اليمين عند عدم البينة للمشترى فحيث لا يعلم أن العيب حدث عنده له أن يحلف على القطع استناداً إلى الظاهر .

﴿ فرع ﴾ فإن كان مما يعلم أنه حدث قبل البيع لا محالة نحو اصبع زائدة أو نقصان خلقة وكذا إذا كان مثله لا يحدث فى المدة القريبة نحو الداء العتيق فلا بينة ولا يمين ويجب رده على البائع إذا جهله المشترى. وأما إذا كان العيب مما يعلم أنه حادث عند المشترى لا محالة كالجراحة الطرية ونحوها فهو لازم للمشترى ولا بينة ولا يمين .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا مات المبيع عقيب قبض المشترى له فادعى أن موته بسبب كان حاصلا فيه قبل قبضه وأنكر البائع فالبينة على المشترى لأن الأصل سلامة المبيع من العيب ولو كان الموت فى الأغلب لا يكون إلا بعد علة طويلة فلا يمنع من ذلك وإذا بين المشترى ثبت له الرجوع بالأرش فقط[1] .

﴿ و ﴾ إذا تصادق البيعان على أن العيب من عند البائع لكن ادعى البائع على المشترى أنه قد رضى به أو ادعى عليه ما يجرى مجرى الرضى كأن يدعى قبضه عالماً بالعيب وأنكر المشترى ذلك فالقول لمنكر ﴿ الرضا به ﴾ ولمنكر ما يجرى مجرى

(١) فلو بين على عيب لا قيمة للمبيع معه فلعله يرجع بكل الثمن كما تقدم فى خ العيب اه .

الرضا والبينة على المدعى . ﴿ قيل ﴾ والقائل هو ابن أبي الفوارس ﴿ و ﴾ القول لمنكر ﴿ أكثر القدرين ﴾ فإذا ادعى المشترى أن المبيع أكثر مما أقر به البائع فالقول للبائع وهذا القول صحيح للمذهب سواء ادعى ذلك قبل القبض أم بعده .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا قال المشترى اشتريت الأمة والعبد بألف وقال البائع بل العبد بألف ، فالقول لمنكر أكثر القدرين وهو البائع والبيّنة على مدعى الزيادة وهو المشترى، فلو بيّنا معاً حكم للمشترى لأن بينته تستند على إثبات وهى الزيادة فى المبيع وبيّنة البائع على نفى، وهذا إذا اتفقا فى الثمن لا مع اختلافهما فكل واحد مدّع ومدعى عليه .

﴿ ولبائع لم يقبض الثمن ﴾ القول ﴿ فى نفى إقباضه ﴾ أى فى نفى إقباض المبيع بإذن منه فلو قال البائع إن قبض المشترىَ للمبيع كان بلا إذن منى فالقول للبائع فى نفى الإذن بالقبض إذا لم يكن قد قبض الثمن ، والبينة على المشترى ، أما لو كان البائع قد قبض الثمن أو أحال به أو أحيل له فلا فائدة لذلك لأنه إذا كان البيع صحيحاً والمبيع غير مشترك كان للمشترى حينئذ أن يأخذ المبيع من البائع ولو كرهاً .

﴿ و ﴾ إذا بطل السلم أو تفاسخا فيه وكان رأس المال قد تلف فى يد المسلم إليه وهو قيمى واختلفا فى قدر قيمته فالبينة على المسلم والقول ﴿ للمسلم إليه فى قيمة رأس المال ﴾ إذا اختلفا فيه ﴿ بعد التلف ﴾ حساً أو بعد التلف حكماً إذا بطل السلم بالتفاسخ فان القول قوله مهما لم يمكن تقويمه فى يد من قد صار إليه . وهذا لا يختص المسلم إليه بل وكل فسخ فإن القول فيه للراد وهو البائع فى قدر الثمن ونوعه وصفته وقيمته لو تلف .

﴿ مسئلة ﴾ فلو قال رب السلم ما أدرى ماذا كان يساوى عرضى، وقال المسلم ما أدرى ماذا كان يساوى لزم أن يوصف لمن يعرف ثمن مثله ثم يقوم قيمته على الوصف ثم يحكم بذلك بينهما ولا ينظر إلى قيمة ما أسلم فيه . أما إذا بطل السلم وكان رأس المال باقياً فإنه يلزم أن يرده بعينه ولو كان بطلانه بالتفاسخ ، فلو كان باقياً وقد خرج عن يده وجب عليه أن يستفديه بما لا يجحف إذا كان بطلان السلم لاختلال شرط

فإن كان غير ذلك لم يجب عليه إلا قيمته يوم القبض .

﴿ فأما ﴾ إذا اختلف البيعان أو المسلم أو المسلم إليه ﴿ في جنس المبيع ﴾ نحو أن يقول المشترى اشتريت منك براً ، فيقول البائع بل شعيراً أو أسلمت إليك في بر فيقول بل في شعير ولا بينـة لأحدهما أو كان لهما بينتان فإنه سيأتى بيان ذلك . ﴿ و ﴾ كذا إذا اختلفا في ﴿ عينه ﴾ أى في عين المبيع ، نحو أن يقول اشتريت منك هذا الثوب ، فيقول بل هـذا[1] ، ﴿ و ﴾ كذا في ﴿ نوعه ﴾ نحو أن يقول اشتريت منك زبيباً أبيض ، فيقول بل أسود ، أو أسلمت إليك في زبيب أبيض ، فيقول بل في أسود ، ﴿ و ﴾ كذا في ﴿ صفته ﴾ نحو أن يقول اشتريت منك براً أحمر ، فيقول بل أبيض ، أو أسلمت إليك في بر أحمر فيقول بل في أبيض . ﴿ و ﴾ كذا في ﴿ مكانه ﴾ نحو أن يقول أسلمت إليك وشرطت الإيفاء في البلد الفلانى، فيقول بل في البلد الفلانى فإذا لم يكن المشترى قد قبض المبيع فاختلفا في أى هذه الأمور ﴿ ولا بينة ﴾ لأحدهما أو نحوها كنكول أحدهما أو علم الحاكم كان كل واحد منهما مدعياً ومدّعى عليـه ﴿ فيتحالفان ﴾ ويحلف كل واحد منهما على النفى أنه ماشرى كذا أو ماباع كذا ﴿ و ﴾ بعد التحالف ﴿ يبطل ﴾ العقد بالتراضى بينهما على فسخه ، أو يفسخه الحاكم عند التشاجر . فأما إذا كان المشترى قد قبض المبيع فالظاهر معـه لأن البائع يدّعى الغلط فيما سلّم وقد تقدم[2] أن عليـه البيّنة في دعوى الغلط أو الزيادة فـكذا في الجنس . وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من الزيادة في الصفة فإنه يجب على المشترى قبولها للتسامح في ذلك ، وهذا مالم تخالف غرضه .

قال الإمام عليه السلام ﴿ فإن ﴾ اختلفا في شيء مما تقدم و ﴿ بيّنا ﴾ معاً أى بين كل واحد على دعواه ﴿ فللمشترى ﴾ الحـكم عملاً ببيّنته وهـذا ﴿ إن أمكن ﴾ ان

---

(١) وأما المسلم فيه فلا يصح تعيينه اهـ .

(٢) قريبا في قوله ولمنكر تسليمه كاملا أو مع زيادة اهـ .

يحتمل أنه وقع بينهما ﴿ عقدان ﴾ بين كل منهما على عقد[1] ويمكن الحمل على هـذا إذا لم يضيفا شهادتهما إلى وقت واحد ولم يتصادق البيعان على أنه عقد واحـد ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يمكن حمل البيّنتين على عقدين إما لكونهما أضافتا إلى وقت واحد أو لكون البيعين تصادقا على أنه عقد واحد بطلت البيّنتان فيرجع إلى التحالف فإذا حلفا معًا ﴿ بطل ﴾ العقـد لجهالة المبيع ﴿ و ﴾ أما إذا اختلف البيّعان ﴿ فى ﴾ جنس ﴿ الثمن ﴾ الذى عقد به فالقول ﴿ لمدعى مايتعامل ﴾ الناس ﴿ به فى ﴾ ذلك ﴿ البلد ﴾ ولو كان من غير النقدين وسواء كان المبيع باقياً فى يد البائع أم فى يد المشترى، وكذا لو تلف فى يد المشترى أو فى يد البائع بعد أن قبضه المشترى ورده إليـه أمانة أو نحوها . فلو كان فى البلد نقدان فالقول لمدعى الأغلب من النقدين فى التعامل به فإن استويا فى التعامل بهما أو التبس الأغلب فـكما سيأتى فى الاختلاف فى جنس الثمن ﴿ ثم ﴾ إنهما إذا اختلفا فى قبض الثمن كان القول ﴿ للبائع فى نفى قبضه مطلقًا ﴾[2] سواء اختلفا فى المجلس أم بعـده وسواء كان المبيع فى يد البائع أم فى يد المشترى وسواء جرى عرف بأن البائع لايسلم المبيع إلا بعد تسليم الثمن أم لا وسواء وجدت قرينة أخرى أم لا فإن القول للبائع لأن الثمن لازم بيقين والأصل بقاؤه والبيّنة على المشترى فى تسليمه .

﴿ إلا ﴾ إذا اختلف البيعان ﴿ فى ﴾ ثمن ﴿ السلم ففى المجلس فقط ﴾ القول قول البائع وهو المسلَم إليه فى أنه لم يقبض الثمن لأن الأصل قبل التفرق عدم القبض وبعد التفرق يكون القول قول المسلم والبيّنة على البائع لأن من شرط السلم القبض للثمن قبل التفرق فإذا ادعى البائع عدم القبض له فقد ادعى فساده والقول لمنـكر فساده ، وكذا كل ما يحتاج إلى قبض قبل التفرق كالصرف والربويات . ﴿ و ﴾ القول للبائع ﴿ فى قدره ﴾ أى فى قدر الثمن ، وكذا فى عينه ويكون القول قوله مهما لم يدع

---

(١) وكان القياس أن يلزم كل واحد منهما ما بين عليه الآخر ولـكن ظاهر الأزهار خلافه وهو المذهب اه . (١) توجد ههنا مذاهب مخالفة للاطلاق ولعل الاطلاق هو الأصح اه .

خلاف الظاهر فإن ادعى خلاف الظاهر كأن يدعى مافيه غبن ظاهر على المشترى زائد على مايتغابن الناس بمثله نحو أن يقول فى دعواه بعت منك هذا الثوب بعشرين درهماً وهو لا يساوى إلا خمسة دراهم فحينئذ القول قول المشترى . ﴿ و ﴾ القول أيضا للبائع فى ﴿ جنسه ﴾ أى جنس الثمن حيث اختلفا فى نقدين غير متعامل بهما فى البلد أو كان التعامل بهما فى البلد على السواء وإلا فالقول لمدعى ما يتعامل به فى البلد أو مدعى الأغلب كما تقدم قريبًا .

﴿ و ﴾ القول للبائع فى ﴿ نوعه ﴾ أى نوع الثمن ﴿ وصفته ﴾ وقدره وجنسه كما تقدم ذلك لكن ﴿ قبل تسليم المبيع ﴾ له الحق فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن اللازم له ﴿لا﴾ لو اختلفا فى قدر الثمن أو صفته أو نوعه أو جنسه(١) ﴿بعده﴾ أى بعد تسليم المبيع ﴿ فللمشترى ﴾ أى فالقول للمشترى فى ذلك سواء كان المبيع باقيا فى يد المشترى أم خرج من يده أم تلف فإن القول قوله مهما لم يدع ما فيه غبن على البائع زائد على مايتغابن الناس بمثله فإن ادعى مافيه ذلك كان القول قول البائع

﴿ فرع ﴾ فلو كان البائع قد سلم بعض المبيع ثم اختلفا فى قدر الثمن أو نحوه كان القول للبائع إذا كان الثمن جملة ، وإن تميزت الأثمان فالقول قوله فيما لم يسلمه والقول قول المشترى فيما قد قبضه . والله أعلم .

تم بحمد الله تعالى طبع الجزء الثانى من كتاب : (التاج المذهب لأحكام المذهب) شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار، تأليف : القاضى العلامة أحمد بن قاسم الصنعانى. ويليه الجزء الثالث وأوله :
كتاب الشفعة

---

(١) ولعل هذا إذا كان الاختلاف فى غير نقدى البلد أو فى نقدى البلد والتعامل بهما على سواء، وإلا فالقول لمدعى ما يتعامل به فى البلد كما تقدم قريبا اه .

صواب ماجاء خطأ فى الجزء الثانى من التاج المذهب

ص	س	صواب
١٤	١٩	الشماحى
٢٥	١٢	القضاء
٢٨	٣	لفلانٍ
٤١	٢١	إلّا ربماً
٥٣	١٣	رضيت
٧٧	٨	تزوّج
٧٧	١٨	فإذا
١٢٣	١٨	كنايات
١٢٦	٩	مَن
١٣٠	٩	نحو
١٣٢	١٨	شئت
١٣٩	٢	باللفظين
١٥٦	٤	الفرائض
١٨٤	٣	بعقد
١٩٤	١٠	فكالنصب
٢١٠	٧	أىّ رجل
٢١٧	٩	الكسوة
٢٣٦	٥	البائن
٢٤٥	١	الظهار
٢٥١	١٠	عقوبة
٢٦١	٩	لأجل
٢٦٢	١٧و١٨	زنيت
٢٦٤	٢١	ويرتفع
٢٧٤	١٣	الثياب
٢٧٥	٤	التطريز
٢٨٠	١٧	يجمعها
٢٨٢	١	فالفداء
٢٨٣	١٧	النشوز
٢٩٥	١٢	يجب
٣٠٤	٢١	بظنها
٣٨٠	١٨	التربة
٤٠٢	١٣	جميعها
٤٢٥	٣	يستحق
٤٣٢	٧	الجارح
٤٤٥	١	قبل

فهرس الجزء الثانى من التاج المذهب

ص الموضوع

